

العدل

ذو القعدة ١٤٣٥هـ
السنة السادسة عشرة

٦٦

مجلة علمية محكمة تعنى بشؤون الفقه والقضاء تصدر كل شهرين عن وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية

بسم الله الرحمن الرحيم

أهداف المجلة

١. العمل على نشر الفقه الإسلامي، والإسهام في تنشيط الاجتهاد في مجال الفقه والقضاء.

٢. إثراء العمل القضائي بالبحوث والدراسات والمعلومات مما يعين القاضي في أداء عمله، وتوسيع مداركه، وزيادة حصيلته العلمية.

٣. تطوير صيغ الأحكام والإثباتات والتوثيقات في المحاكم وكتابات العدل وفق أصولها الكتابية والضوابط الشرعية.

٤. تطوير القضاء وأساليبه وإجراءاته.

٥. توثيق العلاقة مع الجهات القضائية في البلاد العربية والإسلامية بنشر البحوث والدراسات لأسر القضاء في تلك البلاد في مجال الفقه والقضاء الإسلامي.

٦. توثيق أعمال وأنشطة الوزارة وتطورها الإدارية.

٧. العناية برفع مستوى الوعي الفقهي والقضائي في أوساط المجتمع السعودي من خلال التواصل الإعلامي والإجابة على الاستفسارات ذات الطابع العمومي.





مجلة علمية محكمة تعنى بشؤون الفقه والقضاء تصدر كل شهرين عن وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية

محتويات العدد

العدل



مجلة علمية محكمة تعنى بشؤون الفقه والقضاء تصدر كل شهرين عن وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية

المراسلات:
جميع المراسلات تُرسل باسم معالي رئيس تحرير مجلة العدل
المملكة العربية السعودية - الرياض - وزارة العدل
ص.ب ٧٧٧٥ الرياض ١١٤٧٢
هاتف وفاكس ٠١١٢٩٢٤١٠٥
سنترال ٠١١٢٩٢٤١٠٨ / تحويلة ١٣٣٣ / ١٣٣٤ / ١٣٣٥
الهاتف الشبكي لمدير التحرير ٢٩٤٨٨٨٥
الهاتف المتنقل لمدير التحرير ٠٥٠٤١٧٢٦٣٠
موقع وزارة العدل
WWW.MOJ.GOV.SA
بريد مجلة العدل
moj.aladl@Gmail.com
البريد الإلكتروني لمجلة العدل
aladl@moj.gov.sa
الهاتف التفاعلي ٠١١٤٠٢٥٢٥١
بريد وزير العدل
mohammadalesa@moj.gov.sa
بريد مكتب دعم التواصل
twasl@moj.gov.sa

Al-Adl Magazine publishes abstracts of the articles contained in this issue

ISSN [illegible]

- ⋆ الآراء المنشورة في المجلة تعبر عن وجهة نظر أصحابها.
- ⋆ ترتيب البحوث والموضوعات في المجلة يخضع لاعتبارات فنية.
- ⋆ المواد الواردة إلى المجلة لاتُرد إلى أصحابها سواء نُشرت أم لم تُنشر.
- ⋆ البحوث المراد تحكيمها يُرسل منها ثلاث نسخ.
- ⋆ تدفع المجلة مكافأة عن كل بحث منشور.
- ⋆ يزوّد كل باحث نُشر بحثه بثلاث نسخ من المجلة.

كلمة رئيس التحرير

الحمدُ للهِ الذي أنزلَ الكتابَ والميزانَ ليقومَ الناسُ بالقِسْطِ، والصلاةُ والسلامُ على نبينا محمدٍ الإمامِ الأعظمِ، والقاضي الأحكمِ، والمفتي الأعلمِ، وعلى آلِه وأصحابِه أجمعينَ، والتابعينَ وتابعيهم إلى يومِ الدينِ، أمّا بعد:

فقدْ ذكرَ المفسرونَ رحمهم الله تعالى: أنّه في عهدِ النبي صلى اللهُ عليه وسلّمَ سرقَ طُعْمَةُ بن أُبيرق درعاً؛ وخبأَها عندَ يهودي؛ فوُجدت عنده؛ فرماه طعمةُ بها؛ وحلفَ أنّه ما سرقَها، فسألَ قومُ طعمةَ النبيَ صلى اللهُ عليه وسلّمَ أنْ يجادلَ عنه ويبرئَه؛ فنزلتْ في ذلكَ آياتٌ من التنزيلِ الحكيم: چېپپډ

چ النساء: ١٠٥، أي: لا تكنْ

محامياً ومدافعاً ومخاصماً ومجادلاً عنهم. وهذه هي الآيةُ تعدُّ أهمَّ ما استدلَ به الفقهاءُ رحمهم الله تعالى على مشروعيةِ المحاماة. والعبرةُ بعمومِ اللفظِ لا بخصوصِ السبب.

ثمّ قالَ اللهُ جلّ وعلا: چٱبچ النساء: ١٠٦ أي: استغفر

الله مـمّا هممتَ به من الـدفـاعِ عن طُعْمةَ اطمئناناً لشهادةِ قومِه بصلاحِه، ڇ ٻ ٻ ٻ ٺ ٺ ٺ ٿ ٿ ٿ ٿ ٿ ٹ ٹ ڈ ڈ ڤ

ڤڤڤڤڤڇ الـنـسـاء: ١٠٧ - ١٠٨ أي: يـسـتـترونَ مـن الـنـاسِ خوفاً وحـيـاءً، ولا يستحيونَ من الله ـ وهـوَ أحـقُّ بـأنْ يُستحيا منه ويُخافَ مـن عـقـابِـه ـــ ڇڦڃ ڃ ڃ ڃ ڃ ڃ ڃ ڃ ڃ ڃ ڃ ڃ ڃ ڃ ڃ ڃ

الـنـسـاء: ١٠٨ ، لا يـعْـزبُ عنه سبحانه شيءٌ مـن أحــوالِ الـنـاسِ ولا يفوت؛ فهو جـلَّ شـأْنـه عـالمٌ بـهـم؛ يسمعُ مـا يـدبـرونَـه في الـخـفـاءِ؛ ويُـضـمـرونَـه في السّر؛ من رمي البَريء؛ وشهادةِ الزورِ؛ والحَلِفِ الكَاذب.

وفي الـسّـنـةِ مـا رواه الـبـخـاريُّ عـنْ النبي صـلى الـلـهُ عليه وسلم أنّـه قـال: « انْـصرْ أخـاكَ ظـالمـاً أو مظلوماً، فـقـالَ رجـلٌ يـا رسـولَ الـلـه: أنـصرُه إذا كـانَ مظلوماً، أفـرأيـتَ إذا كـانَ ظـالمـاً كيفَ أنـــصرُه؟! قـالَ: تحجزُه أو تمنعُه من الظلمِ، فإنّ ذلكَ نصرُه».

وغنيٌّ عن البيانِ أنّ المحاماةَ قبلَ أنْ تكونَ مهنةً؛ فإنّها رسالةٌ ذاتُ شأنٍ عظيم؛ لقيامها عـلى حـمايـةِ أغـلى مـا لـدى الإنـسـانِ: ديـنِـه، ونـفـسِـه، وعقلِه، وعـرضِـه، ومـالِـه، ومـن ثمّــةَ؛ أصـبـحَ وجـودُهـا ضرورةً مع صِـنْـوِه الـقـضـاءِ، فهما وجـهـانِ لغايةٍ واحـدةٍ؛ أَلا وهـيَ إرسـاءُ الـعـدالـةِ، وذلـكَ من خـلالِ علاقةِ مشاركةٍ إيجابيةٍ فاعلةٍ بينهما.

وعـلى ذلـكَ؛ فلا غـروَ أنَّ المحاماةَ لها جـذورٌ راسخةٌ في تأريخ الإنسان قِـدَمَ وجودِ حقِّه؛ وأحقيتِه في الدفاعِ عنه، استناداً للشرْعيةِ والقيمِ والمبادئ.

ولقد غَـدا دورُ المحامي يتجاوزُ مجردَ تـولي المرافعةِ عن مُوكلِه، أو تقديمِ

المشـورة إليه؛ إذ امـتـدتْ مهامُه لتتناولَ مسائلَ تخصُ المجتمعَ كـامـلاً، لدفعِ عجلةِ التنميةِ المستدامةِ فيه.

وإنّـه لمن الخطأ؛ الظنُ بـأنَّ المحامي؛ لسانُ موكله، الناطقُ باسمه؛ فمهنةُ المحـامـاة، بعراقتها، ليس مصدرُها العقدُ فحسب، بـل تتعلقُ برعايةِ حسنِ سيرِ مـرفـقِ الـعـدالـةِ بــأسرِه، وحـفـظِ الحقوق والـحـريـات. بـلْ إنّـهـا إجْــمالاً هي صوتُ الحقِّ ابتداءً وانتهاء.

فعلى عـاتـقِ المحامي يتعلقُ قــولُ كلمةِ الـحـقِّ والـعـمـلُ بــه؛ حـمـايـةً له؛ وتمـهـيـداً للحكم بـه؛ وإعـطـاءُ الاسـتـشـاراتِ الصحيحة؛ والـدفـاعُ عـن كـلِ ذي حقٍّ؛ وتسخيرُ قدراتِه لخدمةِ دينِه ووطنِه.

ومـا يعززُ الارتـقـاءَ بهذه المهنةِ العظيمةِ ذاتِ الأهميةِ الاجتماعيةِ الكبرى؛ الإسـهـامُ بشكلٍ مـبـاشرٍ في تحقيقِ الـعـدالـة، وتفعيلُ تـعـاونِ هـذا القطاعِ مع جميعِ مـؤسـسـاتِ الـدولـة؛ لما فيه خـدمـةُ هـذا الـوطـنِ الـغـالي، ومـدُ أواصرِ التعاونِ مع المجتمعِ بشكلٍ عامّ؛ ومعَ مؤسساتِ الدولةِ بوجهٍ خاصّ.

وقـدْ جـاءَ في نظامِ المحاماةِ ولائحتِه التنفيذية بيانُ بعضِ مهامِ المحامي؛ فقدْ نصت المـادّةُ الحادية عـشرة من نظامِ المحاماةِ أنَّ: «عـلى المحامي مزاولةُ مهنتِه وفـقـاً لـلأصـولِ الـشرعـيـةِ والأنـظـمـةِ المـرعـيـةِ, والامـتـنـاعُ عـن أي عملٍ يُـخـلُّ بكرامتِها, واحـــترامُ الـقـواعـدِ والتعليماتِ الـصـادرةِ في هـذا الـشـأن»؛ ومـفـادُ هـذا الـنـصِّ أنَّ المنظمَ السعودي لم يحصرْ مـزاولـةَ المحامي لمهنتِه في أمـرٍ معين؛ بـلْ تـركَ له مـزاولـةَ جميعِ الأعــمالِ المتصلةِ بها؛ ولكنَّ ذلـك مقيدٌ بـشرطٍ: «أنْ تـكـونَ وفـقـاً لـلأصـولِ الـشرعـيـةِ والأنـظـمـةِ المـرعـيـة»؛ وأيـضـاً: «بما

لا يخلُّ بكرامةِ المهنة»؛ وبالتالي: فعملُ المحامي هُنا هو عملٌ محاطٌ بجميعِ الأنظمةِ واللوائحِ؛ بلْ والأعرافِ المهنية.

وجاءَ في اللائحةِ التنفيذيةِ لنظامِ المحاماةِ أنّ: «على المحامي أنْ لا يتوكلَ عن غيرِه في دعوى أوْ نفيِها وهوَ يعلمُ أنَّ صاحبَها ظالمٌ ومبطلٌ, ولا أنْ يستمرَ فيها, إذا ظهرَ له ذلك أثناءَ التقاضي»؛ وقدْ كشفَ النصُّ عنْ أهمِ محظورٍ على المحامي؛ فأوجبَ عليه عدمَ قبولِ أي دعوى فيها ظلمٌ وبطلانٌ في البداية, وأنْ لا يستمرَ فيها بعدَ ذلك في حالِ استبانَ له ذلك.

وإنَّ وزارةَ العدلِ ـ وهي الجهةُ المعنيةُ بشؤونِ مهنةِ المحاماةِ ومتابعةِ تنفيذِ أحكامِ نظامِ المحاماةِ ـ تسعى جاهدةً للارتقاءِ بهذه المهنةِ؛ وترسيخِ تقاليدِها؛ وحمايةِ استقلالِها؛ وتَعي دورَ المحامينَ الكبير من خلالِ التأكيدِ عليهم بضرورةِ التمسكِ بأخلاقِ المهنةِ ومراعاةِ أصولِها؛ ومزاولتِها وفقاً للقواعدِ الشرعيةِ والأنظمةِ المرعية؛ والامتناعِ عنْ أي عملٍ يُخلُّ بكرامتِها، واحترامِ التعليماتِ الصادرةِ في هذا الشأنِ، إيماناً منها بأنَّ حمايةَ حقوقِ الإنسانِ وكفالةَ حرياتِه الأساسيةِ تقتضي بالضرورةِ حصولَ جميعِ أفرادِ المجتمعِ على خدماتٍ يُقدِّمُها مِهنيونَ محترفونَ؛ يتمتعونَ بالكفايةِ والجدارةِ والقدرةِ على أداءِ واجباتِ الدفاعِ؛ ويتحلونَ بالحَيدةِ والالتزامِ الخُلقيِّ في عملِهم.

علاوةً على أنّ المحامي يشتركُ معَ الجميعِ في التثقيفِ للعملِ في إطارٍ عدليٍ نزيه, ذلكَ بأنَّ المحاماةَ ــ ولا ريبَ ــ ركيزةٌ أساسيةٌ في تطورِ أيِّ مجتمعٍ ينشدُ التقدمَ والرقي.

وصفوةُ القولِ: إنّ شريحةَ المحامينَ من أهمِ محاورِ مشروعِ خادمِ الحرمين الشريفين الملكِ عبدِالله بن عبدالعزيز - يحفظُه الله - لتطويرِ مرفقِ القضاءِ الذي تضطلعُ به الوزارةُ، ولا سيّما ما يتعلقُ بالتدريبِ، والتقنيةِ، وتهيئةِ البيئة العدليةِ الملائمةِ لأداءِ رسالتِهم النبيلةِ، وإسنادِ بعضِ المهامِ إليهم.

ومن الجديرِ بالذكرِ أنَّ عددَ المحامينَ الممارسينَ المقيدينَ لدى الوزارةِ بلغَ حتى سنةِ ١٤٣٥هـ (٢٨٥٨) محامياً و(٣٢) محاميةً.

وإنّني هُنا أَنتهزُ الفرصةَ لأُثمّنَ الدورَ الكبيرَ للمحامينَ كافّة؛ وأَشكرُ لهم جُهودَهم المُقدّرةَ، وإسهاماتِهم في خدمةِ وطنِهم. سدّدَ اللهُ الخُطى؛ وباركَ في الجهودِ؛ إنّه سميعٌ مُجيب.

وما توفيقي إلا بالله عليه؛ توكلتُ؛ وإليه أُنيب. وصلى اللهُ على نبينا محمدٍ وآله وصحبه وسلّم.

عبدالطيف بن عبدالرحمن الحارثي

قاعدة إذا بطل الخصوص هل يبقى العموم. تأصيلاً وتخريجاً

بحث محكم

إعداد د. عبد السلام بن إبراهيم الحصين
الأستاذ المشارك في قسم أصول الفقه بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بالأحساء

ملخص البحث

بيّن الباحث التالي:

– معنى القاعدة يتلخص في العام الثابت ضمناً بسبب الأمر الخاص، هل يرتفع بارتفاع ما ثبت به، أم يبقى بعد ارتفاعه؟ وبين أن الفعل أو القول إذا صدر على وجه خاص، وفقد ركنًا من أركانه، أو شرطًا من شروطه، أو وجد ما يقتضي بطلانه، وفي ضمنه أمر عام ثبت تبعًا له، فإن بطلان هذا الأمر الخاص لا يقتضي بطلان الأمر العام، بل يبقى العام صحيحًا يمكن بناء الأحكام عليه.

١ – أن ظاهر لفظ القاعدة غير مراد؛ لأن العموم لا يرتفع بارتفاع بعض أفراده باتفاق العلماء.

– رأى البحث أن ضابط بقاء العموم وعدم بقائه في أمرين:

الأول: أن يكون الباقي عامًا، بحيث يمكن الحكم ببقائه بعد زوال الأمر الخاص، فإن كان خاصًا فلا يحكم ببقائه.

الثاني: إمكانية تصحيح الفعل أو القول بدون وصفه الخاص، فمهما أمكن تصحيح الفعل أو القول، فهو أولى من الحكم ببطلانه، ومتى لم يمكن ذلك، فإن العموم يبطل ببطلان وصفه الخاص الذي ثبت به.

– أن موضوع القاعدة فقهي وأصولي، يتخرج عليها فروع فقهية، ومسائل أصولية.

– بين البحث خلاف العلماء في القاعدة، وحقيقته، وسببه.

- عدّد بعضاً من القواعد المشابهة لهذه القاعدة وفرق بينها، ومن القواعد المشابهة:

١- ما أوجب أعظم الأمرين بخصوصه، لا يوجب أهونهما بعمومه.

٢- تخصيص بعض أفراد العام بحكم، هل يقتضي خروجه من العام؟

- عدّد بعضاً من المسائل الأصولية المخرجة على القاعدة منها:

١- إذا نسخ الوجوب هل يبقى الجواز؟

٢- إذا نسخ التحريم هل تبقى الكراهة؟

- عدّد بعضاً من المسائل الفقهية المخرجة على القاعدة منها:

١- هل يستحب الجمع بين خصال الكفارة؟

٢- إذا أحرم بفرض، ففسد، أو خرج منه، فهل ينقلب إلى نفل؟

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وآله وصحبه، أما بعد:

فإن دراسة القواعد تأصيلًا وتخريجًا، مما ينمي الملكة الفقهية، ويعين على فهم القواعد فهمًا صحيحًا، ومعرفة ضوابطها وحدودها، وجمع نظائرها، والتفريق بين ما يشبهها.

وقد وقع النظر أثناء البحث على قاعدة من القواعد، مع كثرة ما خُرِّج عليها من الفروع، إلا أنها لم تحظ بدراسة تبين معناها، وتبرز خفاياها، ولم تنل حظها من التأصيل، والشرح والبيان.

وهذه القاعدة هي: إذا بطل الخصوص هل يبقى العموم؛ وقد ذكرت في كتب القواعد الأصولية، وكتب القواعد الفقهية، وخُرِّج عليها مسائل أصولية، وفروع فقهية، وأكثر ما وردت بلفظ الاستفهام، مما يدل على عدم اطراد الفروع فيها على شيء واحد في قضية بقاء العموم أو ارتفاعه.

مشكلة البحث وأسئلته:

القاعدة صيغت بلفظ الاستفهام، مع أن ظاهر لفظها يشعر بأن موضوعها مما لا يتصور وقوع الخلاف فيه، وهذا اقتضى النظر في الفروع المخرجة على القاعدة، ومعرفة من أين نشأت القاعدة، فاستدعى ذلك تتبع فروع القاعدة لمعرفة القواسم المشتركة بينها، وتحديد معنى القاعدة وضوابطها.

ثم إن القاعدة قضــية سالبة، وليست موجبة، فهي تدل على عدم التلازم بين شيئين من حيث الانتفاء والوجود، ولكن كيف يمكن الاستدلال بها على البقاء، وهي لا تفيده بمجرد صياغتها؟

وما سبق أثار في ذهني عددًا من الأسئلة:

أولاً: هل ينازع أحد في أن ارتفاع الخاص لا يستلزم ارتفاع العام؟

ثانيًا: هل العموم ثابت أصلا وابتداء، أم أنه ثبت استلزامًا لثبوت الخصوص؟

ثالثًا: هل يستدل بالقاعدة على بقاء العموم من ارتفاع الخصوص؟

رابعًا: ما المسائل الأصولية التي يمكن أن تكون القاعدة منطبقة عليها؟

خامسًا: هل الفروع الفقهية المخرجة على القاعدة تنطبق عليها فعلا، وتتأثر بها؟

والحق يقال: إن مشــكلة البحث، وما نشأ عنه من أسئلة قد أخذت من وقتي وذهني شــيئًا كبيرًا، فكدت أصرف النظر عن مواصــلة البحث فيها، لولا ما كنت أرجوه من كشف معنى القاعدة، وإزالة اللبس في ذهني عنها.

أهمية البحث، وأسباب اختياره:

تظهر أهمية دراسة هذه القاعدة من جهات عدة، أهمها:

أولاً: أثرهــا في كثير من الفروع الفقهية، بل والمســائل والقواعد الأصــولية، حيث ُخرِّج عليها عدد كبير من الفروع الفقهية.

ثانيًا: اللبس الواقع في ظاهر لفظها، والخلاف الواقع في فروعها، يستدعي النظر في بيان حقيقة معناها، وسبب صياغتها بصيغة الاستفهام.

ثالثًا: قلة كلام العلماء في بيان معناها، وإيضاح ألفاظها، مما جعلها محل إشكال عند بعض العلماء، حتى أعرضوا عن لفظها، وبنوا فروعها على قاعدة أخرى تضاهيها.

الدراسات السابقة:

بعد البحث والسؤال لم أجد من تعرض لهذه القاعدة، أو تكلم عليها من المعاصرين، ومـا يوجد من حديث عنها في كتـب القواعد الفقهية المعاصـرة في غالبه لا يعدو أن يكون ذكر الفروع المخرجة عليها، وما يستثنى، ولم أر من أفردها بدراسة مستقلة.

والله أعلم، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله.

المبحث الأول: الدراسة التأصيلية للقاعدة

المطلب الأول: الألفاظ التي وردت بها القاعدة، وشرحها

المسألة الأولى: الألفاظ التي وردت بها القاعدة.

وردت هذه القاعدة بألفاظ مختلفة، تارة بلفظ الاستفهام، وتارة بدونه، فمن ورودها بلفظ الاستفهام قولهم:

"إذا بطل الخصوص هل يبطل العموم؟"(١).

"إذا بطل الخصوص هل يبقى العموم؟"(٢).

ومن ورودها بدون لفظ الاستفهام قولهم:

"إذا بطل الخصوص لا يبطل العموم"(٣).

"إذا بطل الخصوص بقي العموم"(٤).

---

(١) فتاوى السبكي (٤٩٠/١)؛ الإبهاج شرح المنهاج له (٢٥٦/٢)؛ القواعد لابن اللحام (١٠٢٣/٢).

(٢) نهاية السول في شرح منهاج الأصول (٢٤٩/١)؛ المنثور (١١١/١)؛ الأشباه والنظائر للسيوطي (١٨٢)؛ الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية (٤٠٥/٢).

(٣) فتاوى السبكي (٩٨/٢).

(٤) الأشباه لابن السبكي (٩٦/١).

ويلاحظ في لفظ القاعدة التعبير عنها بالبطلان بصيغة الشرط إذا، وذكر ابن السبكي (ت ٧٧١ هـ) أن العبارات السابقة هي للفقهاء، وأما الأصوليون فيعبرون عنها بقولهم:

"لا يلزم من ارتفاع الخاص ارتفاع العام"(٥).

وهذه القاعدة باللفظ المنسوب إلى الفقهاء اشتهرت في كتب الشافعية الفقهية، وذكروها في كتب قواعدهم الفقهية، وتبعهم فيها الحنابلة.

وقد ورد ذكرها كثيرًا في كتب الأصوليين وغيرهم بلفظ النفي في أولها، وبدون استفهام، فيقولون:

"لا يلزم من نفي الأخص نفي الأعم"(٦).

"نفي الأخص لا يستلزم نفي الأعم"(٧).

"انتفاء الأخص لا يوجب انتفاء الأعم"(٨).

وهو يشبه اللفظ الذي جعله ابن السبكي من تعبير الأصوليين، لكن إيرادهم لها ليس من باب التخريج عليها، وإنما من باب الاستدلال بها على أن انتفاء الأخص لا دلالة فيه على انتفاء الأعم، ولهذا يقابلون بين الأعم والأخص في الانتفاء والوجود، ويجعلون ذلك أحد صور البرهان المنطقي، أو الاستدلال، ويسمى بالتلازم، أو الشرطي المتصل، ويقولون: "يلزم من نفي الأعم نفي الأخص، ولا يلزم من نفي الأخص نفي الأعم، ويلزم من وجود الأخص وجود الأعم، ولا يلزم من وجود الأعم وجود الأخص"(٩).

(٥) الأشباه لابن السبكي (٩٦/١).

(٦) الإحكام للآمدي (١٢٥/٤)؛ التقرير والتحبير (١٩٢/١)؛ غمز عيون البصائر (١٤٥/٤)؛ الفواكه الدواني شرح رسالة أبي زيد القيرواني (٤٢/١).

(٧) إدرار الشروق على أنواء الفروق لابن الشاط (١٤٢/٣)؛ غمز عيون البصائر (٤١٧/٣)؛ شرح مختصر خليل للخرشي (٦٨/٧).

(٨) المستصفى (٩١/١).

(٩) انظر: المستصفى (٨٨/١- ٨٩)؛ الإحكام للآمدي (١٢٥/٤)؛ غمز عيون البصائر (١٤٥/٤).

وبين عبارة الفقهاء وعبارة غيرهم فرق، تأتي الإشارة إليه إن شاء الله عند بيان معنى القاعدة.

ولم أجد القاعدة في كتب قواعد الحنفية والمالكية، مفرعين عليها بهذا اللفظ الذي ذكره ابن السبكي على أنه لفظ الفقهاء.

المسألة الثانية: شرح ألفاظ القاعدة.

تعريف البطلان:

بطل في اللغة تدل على ذهاب الشيء، وقلة مكثه ولبثه[١٠].

وأما في اصطلاح الأصوليين: فهو ضد الصحيح، وهو ما منع تنفيذه شرعًا من التصرفات وصفًا وأصلًا، ولم يترتب على فعله أي أثر شرعي معتبر، وذلك لعدم استيفائه أركانه وشروطه المعتبرة.

أو ما كان فائت المعنى من كل وجه، مع وجود الصورة، إما لانعدام الأهلية، كما هو الحال في بيع الصبي مال غيره، أو لانعدام المحلية، كما هو الحال في العقد على المحارم أو على المعدوم[١١].

أو مخالفة الفعل ذي الوجهين لأمر الشارع.

أو عدم ترتب الأثر المقصود من الفعل عليه[١٢].

وهو مرادف للفساد عند جمهور الأصوليين، ويفرق الحنفية بينهما؛ فيرون أن الباطل ما لم يكن مشروعًا لا بأصله، ولا بوصفه، والفاسد ما كان مشروعًا

(١٠) انظر: مقاييس اللغة (٢٥٨/١)؛ لسان العرب (٥٩/١٣).

(١١) معجم مصطلحات أصول الفقه (١٠٢).

(١٢) انظر: التحبير (١١٠٨/٣-١١٠٩)؛ الشامل (٣٣٦/١-٣٣٧).

بأصله، غير مشروع بوصفه[١٣].

ويراد بالبطلان في القاعدة ما هو أوسع من المعنى الاصطلاحي، فيدخل فيه المعنى اللغوي.

تعريف الخصوص:

مصدر خص، وهي في اللغة تدل في الأصل على الفرجة والثلمة، ومن هذا إفراد أحدٍ بالشيء دون غيره؛ لأنه إذا أفرد واحد فقد أوقع فرجة بينه وبين غيره[١٤].

وأما في اصطلاح الأصوليين: فـ"وصف الكلام بأنه خاص، وبأنه خصوص: فمعناه أنه وضعٌ لشيء واحد، نحو قولنا: البصرة وبغداد"[١٥].

والخصوص من عوارض الألفاظ حقيقة، وفي المعاني فيه خلاف، كما في العموم[١٦].

وفرق العسكري (ت ٣٩٥هـ) بين الخاص والخصوص، فقال[١٧]: "الخصوص: يكون فيما يراد به بعض ما ينطوي عليه لفظه بالوضع، والخاص: ما اختص بالوضع لا بإرادة.

وقال بعضهم: الخصوص: ما تناول بعض ما يتضمنه العموم، أو جرى مجرى العموم من المعاني.

وقال بعضهم: الخاص: ما يتناول أمرًا واحدًا بنفس الوضع، والخصوص: أن يتناول شيئًا دون غيره، وكان يصح أن يتناوله وذلك الغير".

وأما الأخص؛ فهو أفعل تفضيل، ويستعمل في مقابلة ما هو أعم منه، فيقال: هذا

(١٣) انظر: أصول السرخسي (١/٨٠- ٩٠)؛ تيسير التحرير (٢/٢٣٦)؛ فواتح الرحموت (١/١٢٢)؛ الشامل (١/٣٤٣-٣٤٤). وبعضهم يجعل الفرق بين الفساد والبطلان عند الحنفية في المعاملات دون العبادات.

(١٤) انظر: مقاييس اللغة (٢/١٥٢-١٥٣)؛ لسان العرب (٨/٢٩٠).

(١٥) المعتمد (١/٢٥١). وانظر: البحر المحيط (٣/٢٤٠).

(١٦) انظر: البحر المحيط (٣/٢٤٠).

(١٧) الفروق اللغوية (٤٤- ٤٥). وانظر: التعريفات (١٦٠، ١٦٦).

أخصــص من هذا، ويــراد به ما يراد بالخاص، وفرق بعض العلمــاء بينهما، فجعل أخص للمعاني، وخاص للألفاظ، فيقال في المعاني: أخص، وفي الألفاظ: خاص؛ لأن صــيغة أفعــل تدل على الزيادة والرجحان، والمعاني أعم من الألفاظ، فخصــت بصــيغة أفعل التفضيل، ومن العلماء من لا يرى التفريق بينهما، وأطلق الخاص على المعاني، وأخص على الألفاظ؛ إذ ليس المقصود بأخص هنا التفضيل، بل الخصوص مطلقًا[١٨].

تعريف العموم:

عم في اللغة تدل على الطول، والكثرة، والعلو، والشمول[١٩].

وأما في اصطلاح الأصوليين فهو: تناول اللفظ لما صلح له.

والعام هو: كلام مستغرق لجميع ما يصلح له.

فالعموم مصدر، والعام اسم فاعل مشتق من هذا المصدر[٢٠].

وهو لفظ مشــترك بين الألفاظ والمعاني عند بعض العلماء، ويرى جمهور الأصوليين أنه حقيقة في اللفظ، مجاز في غيره، والخلاف في هذا -فيما أعلم- مما لا تظهر له ثمرة عملية[٢١].

والأعم، يقال فيه ما قيل في الأخص.

(١٨) انظر: التحبير شرح التحرير (٥/٢٣٣٧).

(١٩) انظر: مقاييس اللغة (٤/١٥)؛ القاموس المحيط (١١٤١).

(٢٠) انظر: المعتمد (١/٢٠٣)؛ البحر المحيط (٣/٧).

(٢١) انظر: الفروق اللغوية (٤٥)؛ المعتمد (١/٢٠٣).

المطلب الثاني: معنى القاعدة، وضابطها، وهل موضوعها أصولي أم فقهي؟ ونشأتها

أولاً: معنى القاعدة.

ظاهر لفظ القاعدة يفيد عدم الملازمة بين زوال الخاص وزوال العام، بمعنى أن زوال الخاص لا يستلزم زوال العام، وهذا المعنى للقاعدة هو الذي يشير إليه لفظها بدون استفهام.

وهذا المعنى قضية منطقية عقلية مسلمة، لا يتصور فيها الخلاف، لكن هذا المعنى المتبادر إلى الذهن من لفظ القاعدة ليس هو المقصود بها، ولأجل أن تتضح صورة القاعدة ومعناها لا بد من تقسيم حالات الخاص مع العام بالنظر إلى طريق ثبوت العام إلى ما يلي:

الأول: أن يكون العام قد ثبت أصلا وقصدًا، ثم ارتفع بعض أفراده بأمر خاص، فهنا لا يلزم من زوال الخاص زوال العام، وهذا بالنظر الأولي قضية مسلمة، كما إذا ثبت وجود حيوان في مكان ما، ثم تبين لنا قطعًا أنه ليس بإنسان، فلا يلزم من ذلك زوال الحيوان؛ لأنه يمكن أن يكون غير إنسان، وهذا المعنى هو الذي تدل عليه عبارات المناطقة وغيرهم، والتي سبق نقلها في ألفاظ القاعدة، فيقولون: لا يلزم من نفي الأخص نفي الأعم، ويحكون الاتفاق على ذلك[٢٢].

وهذا المعنى يفيد بقاء الأعم بدليله الذي وجد به، وأن نفي الأخص أو ارتفاعه لا يستلزم نفي الأعم أو رفعه وبطلانه.

---

(٢٢) انظر: دفع إيهام الاضطراب عن آيات الكتاب (١٣٢).

لكن قد يقال: إن العلماء اختلفوا في العام إذا خص هل يبقى حجة فيما بقي[٢٣]؟ وهذا يدل على أن العموم يرتفع بارتفاع بعض أفراده.

قيل: قد ذهب بعض العلماء إلى أن في نقل الخلاف في هذه المسألة نظرًا؛ لكون من نُقل عنهم هذا القول ممن لم ينقل إلينا فقههم، أو من بعض المتكلمين ممن لا عناية لهم بالفقه، فخلاف مثل هؤلاء لا يقدح في وجود إجماع من أهل الفقه المعتبرين على صحة الاحتجاج بالعام بعد تخصيصه[٢٤].

ولو سلمنا بوجود الخلاف، وأنه مانع من انعقاد الإجماع على صحة الاحتجاج بالعام بعد تخصيصه؛ فإن هذا الخلاف لا يؤثر على قطعية أن نفي الأخص لا يستلزم نفي الأعم، وأنها متفق عليها؛ لأن الخلاف هنا هو في بقاء الحجية، وصحة الاستدلال، وسببه ليس ارتفاع العام، بل الجهل بدلالته، وخفاء ما يبقى بعد ارتفاع بعض أفراده، فهم متفقون على بقاء شيء، مختلفون في هذا الشيء ما هو، والمخالفون حصل لهم إجمال في دلالة العام بعد رفع بعض أفراده من جهة أن "اللفظ إذا خصص، وهو في أصل الوضع للعموم، فقد عسر إجراؤه على موجَب أصل الوضع، ولم يحصل[٢٥] على ثبت فيما بقي من المسميات، فلا اللفظ وضع له خصوصًا، ولا نحن تمكنا من إعماله على حكم اللغة، فتضمن بذلك إجمالا وإبهامًا"[٢٦].

الثاني: أن يكون العام قد ثبت ضمنًا بسبب الأمر الخاص؛ لأن وجود الأخص

---

(٢٣) انظر: أصول الجصاص (١/٢٤٥)؛ المعتمد لأبي الحسين (١/٢٨٦)؛ العدة (٢/٥٣٣)؛ الإحكام للباجي (١/٢٥٣، ف ١٥٨)؛ البرهان (١/٢٧٥، ف ٣١٢)؛ البحر المحيط (٣/٢٦٨).

(٢٤) انظر: أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله (٣١٨)، ولمعرفة رأي المذاهب الأربعة في صحة الاحتجاج بالعام بعد تخصيصه، انظر المراجع السابقة في الفقرة السابقة.

(٢٥) ذكر المحقق في هامش ١١: في نسخة ع: نحصل. قلت: ولعلها الصواب.

(٢٦) البرهان (١/٢٧٥، ف ٣١٢).

يســتلزم ثبوت الأعم، وهنا يقال: إن الفعل أو القول إذا صدر على وجه خاص، وفقد ركنًا من أركانه، أو شرطًا من شروطه، أو وجد ما يقتضــي بطلانه، وفي ضــمنه أمر عام ثبت تبعًا له، فإن بطلان هذا الأمر الخاص لا يقتضــي بطلان الأمر العام، بل يبقى العام صحيحًا يمكن بناء الأحكام عليه(٢٧).

وهــذا المعنى هو الذي تفيده هذه القاعدة؛ فموضــوع هذه القاعــدة هو في العام الثابت ضمنًا بسبب أمر خاص، هل يرتفع بارتفاع ما ثبت به، أم يبقى بعد ارتفاعه؟

مثال ذلك: إذا كبر ينوي فريضــة من الفرائض، ثم وجد ما يقتضي بطلانها، أو عدم انعقادها، أو رغبة المصلي في تحويلها إلى نفل؛ لأجل إدراك الفريضة مع جماعة وجدت بعــد أن كبر للفرض، فهنا: الأمر الخاص هو نية الفريضــة، وقد ثبت بهذا الأمر الخاص عموم الصلاة، سواء كانت فرضًا أو نفلا، فهل يبقى هذا الأمر العام بعد زوال الخاص، بحيث يصح إكمال الصلاة نفلا؟

وهذا المعنى هو الذي وقع فيه التردد، ولأجله صــيغت القاعدة عند كثير منهم بلفظ الاســتفهام، حتى عد بعض العلماء ما جُزم فيــه ببقاء العموم، ولم يُختلف فيه، أنه مما شذ عن القاعدة!(٢٨).

ثانيًا: ضابط بقاء العموم وعدم بقائه.

ذكر الزركشــي (ت ٧٩٤ هـ) ضابطًا لما يقال فيه ببقاء العام، أو عدم بقائه، فقال(٢٩): "والضــابط: أن اللفظ المضاف للحكم إن كان يتقوم به: فإذا بطل بطل، وإذا صح بقي، وإن كان لا يتقوم به: فإذا بطل المضاف المذكور بقي الحكم على صحته".

(٢٧) انظر: القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي للزحيلي (٦٨٠).
(٢٨) انظر: المجموع المذهب (١/ ٢٦٠).
(٢٩) المنثور (١/ ١١١- ١١٢).

وكأنه أخذ هذا الضابط من الأصل الذي ذكر ابن السبكي أن القاعدة مبنية عليه، وهو أن الجنس هل يتقوم بالفصل، كما ستأتي الإشارة إليه إن شاء الله.

ولا يظهر لي -والله أعلم- صحة هذا الضابط؛ لأن الخلاف في القاعدة ليس مبنيًا على هذا المعنى، كما سيأتي إيضاحه إن شاء الله، ولأن الملاحظ -من خلال تتبع عدد من فروع القاعدة- أن لكل فرع ذوق خاص في بقاء العام أو ارتفاعه.

ويتضح هذا بالنظر في بعض الأمثلة التي ذكرها؛ ففي قسم ما يحكم ببقائه قطعًا، ذكر:

أولا: إذا أعتق عبدًا معيبًا عن كفارته، بطل كونه عن كفارته، ويعتق عليه[٣٠].

وسبب الجزم ببقاء العموم هنا: أن العتق يلزم بمجرد التلفظ به، ولا يصلح الرجوع فيه، فإذا تلفظ به فقد وقع، فإن لم يوافق المحل الخاص، فإنه يعتق عليه بعموم اللفظ العام، دون الوصف الذي ذكره، وهو أن يكون عن كفارته.

ثانيًا: لو قال لمعينة: جعلت هذه أضحية، أو نذر التضحية بها، وكانت معيبة، وجب ذبحها، وتكون قربة، ويفرق لحمها صدقة، ولا تجزئ عن الضحايا[٣١].

وسبب الجزم ببقاء العموم هنا: هو أن النذر يلزم الوفاء به، والتعيين في الأضحية كالنذر، يلزم الوفاء به، وما عينه وهو معيب قد زال ملكه عنه بالتعيين، إذا كان من جنس ما يضحى به، فوجب ذبحه، ولا تجزئ عنه لأجل العيب الذي فيها، فيبقى النذر في ذمته على حاله.

ثالثًا: إذا أخرج زكاة ماله الغائب، وهو يظن سلامته، فبان تالفًا، يقع تطوعًا بلا خلاف، ولم يخرجوه على الخلاف فيما إذا بطل الخصوص هل يبقى العموم، بخلاف ما إذا أخرج الزكاة معجلة، ولم يشترط الاسترداد، إن عرض مانع؛ ففيه خلاف مبني

---

(٣٠) انظر: المنثور (١/ ١١٢).

(٣١) انظر: المنثور (١/ ١١٢).

على أنه إذا بطل الخصوص هل يبقى العموم[٣٢].

والسبب في عدم وجود خلاف في المسألة الأولى: أن المال الذي أخرجه المزكي يظنه زكاة ماله التالف قد لزم بالقبض، والزكاة عن الغائب متحققة الوجوب ظاهرًا، فلم يدخل القابض على عهدة الضمان، بخلاف من أخرج زكاته معجلة، وصرح بذلك، فله الرجوع ولو لم يشترط الاسترداد؛ لأن وصف التعجيل يبين أنها لم تجب عليه، فالقابض موطن نفسه على الضمان لو منع من الوجوب مانع، ولهذا يرتفع عموم الصدقة؛ لعدم قصدها، ولا تلزم بالقبض؛ لأنه قد دخل على إمكانية الرجوع، ولهذا يتفقون على أنه إذا لم يصرح بأنها زكاة معجلة لم يجز له الرجوع؛ لأنها لزمت بالقبض، فلا بد من بقاء التطوع لتصحيح قبضه[٣٣].

وفي قسم ما لا يبقى قطعًا، ذكر ما يلي:

أولاً: إذا وكله ببيع فاسد، فليس له البيع مطلقًا، لا صحيحًا؛ لأنه لم يأذن فيه، ولا فاسدًا؛ لأن الشرع لم يأذن.

ثانيًا: البيع الفاسد، لا يستفيد به التصرف في المشترى قطعًا، ولا اعتبار بالإذن الضمني فيه؛ لأن الإذن في ضمنه ناقل للملك، ولا ينتقل، بخلاف ما إذا فسدت الوكالة؛ فإن الملك فيه على مالكه[٣٤].

وسبب القول بعدم البقاء هنا هو التلازم بين الخاص والعام، حتى كأنهما خاص مع خاص تلازم وجودهما معًا، فيلزم من ارتفاع أحدهما ارتفاع الآخر؛ لأنه لا يثبت إلا به.

ثالثًا: لو أشار إلى ظبية، وقال: هذه أضحية، فهو لاغ، ولا يلزمه التصدق بها

(٣٢) انظر: المنثور (١/١١٢).

(٣٣) انظر: المهذب (١/٥٤٩)؛ تحفة المحتاج (٣/٣٤٧، ٣٦٠)، وحاشية العبادي عليه.

(٣٤) انظر: المنثور (١/١١٣).

قطعًا[٣٥]. وسبب عدم بقاء العموم هنا -وهو التصدق- أن الظبية ليست من جنس الأضاحي، فلا تلزم بالتعيين أو النذر[٣٦].

وإذا تأملت الفروع الأخرى التي وقع فيها نزاع هل يحكم ببقاء العموم أم لا، لم تجد -في الحقيقة- لهذا الضابط المذكور أثرًا؛ ففي مسألة بطلان صلاة الفرض، هل تنقلب نفلا، يفرقون بين صور المسألة، فيحكمون تارة ببقاء العموم، وتارة برفعه، بحسب سبب الانتقال؛ فإن بطل الفرض لعذر بقي النفل، وإن كان لغير عذر لم يبق، وبطلت الصلاة[٣٧]، فلا أثر هنا لتقوم اللفظ بالحكم، وعدمه.

وعلى هذا؛ فالذي يظهر لي أن الضابط للقول ببقاء العموم وعدم بقائه شيئان:

أحدهما: أن يكون الباقي عامًا، بحيث يمكن الحكم ببقائه بعد زوال الأمر الخاص، فإن كان خاصًا فلا يحكم ببقائه، ويشهد لهذا بعض الفروع الفقهية التي خُرِّجت على هذه القاعدة، وحكم ببطلان ما يظن أنه عام، والعلة في البطلان كونه خاصًا، وليس عامًا، ففي مسألة بطلان الحوالة، هل يقع قبضه عن المحيل؟ ذكروا وجهين، من صحح القبض علل بالقاعدة؛ لأن الإذن أعم من الحوالة، وهو في ضمنها، ومن أبطل القبض؛ علل بأن قبضه سيكون وكالة عن المحيل، والوكالة عقد آخر، ليس في ضمن الحوالة، وإذا بطل عقد لم ينعكس لعقد آخر[٣٨].

وكذا في مسألة من ابتدأ صلاة الجمعة، ثم بطلت لخروج وقت، أو نقصان عدد، أو غير ذلك، فهل تنقلب ظهرًا، أو يستأنفها ظهرًا؟ حكوا فيها قولين؛ من يرى الاستئناف

(٣٥) انظر: المنثور (١/١١٤).

(٣٦) انظر: الغرر البهية شرح البهجة الوردية (٥/١٦٦).

(٣٧) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (٢/١٢٧-١٢٨)؛ العزيز شرح الوجيز (١/٤٧٠-٤٧١)..

(٣٨) انظر: المجموع المذهب (١/٢٥٥)؛ المنثور (١/١١٨).

يعلل بأنهما صلاتين مختلفتين، فلا تُبنى إحداهما على الآخر، ولا تندرج إحداهما في الأخرى، ومن يرى أنها تنقلب ظهرًا يعلل بالقاعدة(٣٩).

ووجه تخريجها على القاعدة أن الظهر أصل الجمعة، فإذا بطلت الجمعة رجع إلى الأصل.

لكن عند من يرى أن الجمعة فرض مستقل، وليس بدلا عن الظهر؛ فإنه لا يمكن تخريج هذا القول على القاعدة؛ لأن خصوص الجمعة قد بطل إلى خصوص آخر، وهو الظهر، ولم يبطل إلى العموم مطلقًا، وهذه درجة متوسطة، ولأجل ذلك من صحح انقلابها هنا إلى ظهر فإنه يعلل بأنهما صلاتان في وقت واحد؛ فجاز بناء إحداهما على الأخرى، كصلاة الحضر والسفر(٤٠)، ولهذا الفرع نظائر أخرى، يبطل الخصوص، وينتقل إلى خصوص آخر؛ وهنا تخرج هذه الفروع عن القاعدة، وتلتحق بقاعدة أو علة أخرى(٤١).

الثاني: إمكانية تصحيح الفعل أو القول بدون وصفه الخاص، فمهما أمكن تصحيح الفعل أو القول، فهو أولى من الحكم ببطلانه وإفساده، ومتى لم يمكن ذلك؛ لمانع من الموانع، فإن العموم يبطل ببطلان وصفه الخاص الذي ثبت به.

ثالثًا: هل موضوع القاعدة أصولي أم فقهي؟

موضوع القاعدة في الأصل فقهي؛ فهي نشأت من فروع فقهية، كما أشار إلى ذلك الغزالي (ت ٥٠٥ هـ) عند كلامه على مسألة انفساخ الحوالة، هل يبقى عموم الإذن،

---

(٣٩) انظر: المجموع المذهب (١/٢٥٤)؛ شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٣/٧٢- ٧٣)؛ القواعد الأصولية لابن اللحام (٢/١٠٣٧).

(٤٠) انظر: التمهيد للإسنوي (١٠٤)؛ المغني (٣/١٩٠-١٩١)؛ القواعد الأصولية لابن اللحام (٢/١٠٣٨).

(٤١) انظر: المنثور (١/١١٨).

فقال[٤٢]: "ووجه وقوعه: أن الفسخ قد ورد على خصوص جهة الحوالة، لا على ما تضمنه من الإذن في الأخذ، فيضاهي تردد العلماء في أن الوجوب إذا نسخ هل يبقى الجواز، وأن من يحرم بالظهر قبل الزوال هل ينعقد نفلا".

وكذلك الرافعي (٦٢٣ هـ) في شرحه لكلام الغزالي في الوجيز، لما ذكر مسألة من أحرم بفرض ثم أبطله، فهل ينقلب نفلا؟ أن فيه قولين، وأن هذين القولين يردان في كل حالة تنافي الفرضية دون النفلية، فقال الرافعي[٤٣]: "الأصل الجامع لهذه المسائل: أن من أتى بما ينافي الفرضية دون النفلية، إما في أول صلاته أو في أثنائها، وبطل فرضه، فهل تبقى صلاته نافلة، أم تبطل مطلقًا؟ فيه قولان، ذكر الأئمة أنهما مأخوذان بالنقل والتخريج، من نصوص مختلفة للشافعي -رضي الله عنه- في صور هذا الأصل، فمنها:

لو دخل في الظهر قبل الزوال، لا يصح ظهرًا، ونص أنه ينعقد نفلا..

ولو تحرم بالفرض منفردًا، فجاء الإمام وتقدم ليصلى بالناس، قال: أحببت أن يسلم عن ركعتين، تكونان نافلة له، ويصلي الفرض في الجماعة..

ونص فيما إذا وجد القاعد خفة في أثناء الصلاة فلم يقم، أنه تبطل الصلاة رأسًا.

ولو قلب فرضه نفلا بلا سبب يدعو إليه، فقد حكى ابن كَجٍّ (ت ٤٠٥ هـ) عن نصه أن صلاته تبطل.

فجعل الأئمة في هذه الصور وأخواتها كلها قولين:

أحدهما: أن صلاته لا تبطل بالكلية، وتكون نفلا؛ لأن الاختلال إنما وقع في شرط الفرض، لا في شرط الصلاة بمطلقها، وقد نوى صلاة بصفة الفرضية، فإن بطلت الصفة

(٤٢) الوسيط (٣/٢٢٦)، وانظر: حاشية ابن قندس على الفروع (٦/٤١٧)؛ تصحيح الفروع (٦/٤١٧).

(٤٣) العزيز شرح الوجيز (١/٤٧٠-٤٧١). وانظر: الوسيط (٢/٩٠)؛ المجموع المذهب (١/٢٥٣-٢٥٤).

بقي فرض[٤٤] الصلاة، وهذا القصد مصروف إلى النافلة.

والثاني: أنها تبطل؛ لأن المنوي هو الفرض، والنفل غير منوي، فإذا لم يحصل المنوي فلأن لا يحصل غير المنوي كان أولى.

وهذان القولان كالقولين فيما إذا أحرم بالحج قبل أشهر الحج، هل ينعقد عمرة أم لا؟ ولتوجيههما شبه بتوجيه القولين فيما إذا قال: لفلان علي ألف من ثمن الخمر، هل يلغو جميع كلامه، أم تلغو الإضافة، ويلزمه الألف".

ولكن، مع كونها نشأت من هذه الفروع الفقهية، فلا مانع أن يكون موضوعها أصوليًا أيضًا، كما أشار الغزالي وغيره إلى مسألة نسخ الوجوب هل يبقى الجواز، فالمعنى الذي يجمع هذه المسألة بالفروع الفقهية، هو أنه إذا ثبت العموم ضمنًا من أمر خاص، ثم ارتفع الأمر الخاص، فهل يرتفع الأمر العام؛ لارتفاع ما ثبت بسببه، أم أنه يبقى لإمكانية بقائه بدون وصفه الخاص.

ولأجل ذلك أمكن تخريج بعض المسائل الأصولية عليها، كما سيأتي في المبحث الثاني.

رابعًا: نشأة القاعدة.

من خلال ما سبق يظهر أن القاعدة نشأت من هذه الفروع، كما نشأت أيضًا من مسألة إذا نسخ الوجوب فهل يبقى الجواز، كما ستأتي الإشارة إليه عند الكلام على تخريج هذه المسألة على القاعدة.

والوجه الجامع لهذه المسائل أن بعض التصرفات تتضمن أمورًا أعم منها، يمكن أن تستقل بنفسها، بدون الوصف الخاص الذي ثبتت به، فبناء على ذلك هل يمكن القول

(٤٤) هكذا في المطبوع، ولعل الصواب: (قصد).

ببقاء الأمر العام، وإن زال الأمر الخاص الذي كان سببًا في وجوده.

وأول من وقفت عليه عبر بلفظ القاعدة تقي الدين السبكي (ت ٧٥٦ هـ)[٤٥]، ثم بعد ذلك ذكرها ابنه في الأشباه والنظائر، ويبدو -والله أعلم- أنها انتشرت من طريقه.

مع أن من سبقه يعللون بمعنى القاعدة، دون التعبير بها بهذا اللفظ، يقول أبو المعالي (ت ٤٧٨ هـ)[٤٦]: "إن اختل شرط الفرضية، لم يختل شرط النافلة، وهو قد نوى صلاة، ووصفها بالفريضة، وما جرى يناقض الصفة، فلنترك الصفة، ولتبق الصلاة مطلقة، والصلاة المطلقة مصروفة إلى النافلة".

لكن يلاحظ أن بعض العلماء لم يرتض التعبير بذلك، وجعل فروع هذه القاعدة مخرجة على قاعدة أصولية تضاهي هذه القاعدة، وهي قاعدة: إذا نسخ الوجوب هل يبقى الجواز، أم لا[٤٧].

والكلام على قاعدة بقاء الجواز بعد نسخ الوجوب قديم، كما سيأتي الحديث عنها في المطلب الأول من المبحث الثاني، وسأذكر هناك إن شاء الله من النقول ما يبين العلاقة بينهما.

ولعل سبب تركهم لهذا اللفظ هو عدم وروده في كلام الأولين، أو لأن ما يفيده ظاهر اللفظ لا يحتمل الخلاف، فلا يسوغ التعبير عنه بصيغة الاستفهام؛ لأن العموم لا يرتفع بارتفاع الخصوص، فكيف يقال: إذا بطل الخصوص هل يبقى العموم؟، وأما التعبير بلفظ هل يبقى الجواز إذا نسخ الوجوب، فهو تعبير قديم، والخلاف فيها قديم، كما أن لفظها لا يحتمل الإشكال الذي يمكن أن يرد على قاعدة إذا بطل الخصوص هل يبقى العموم.

---

(٤٥) انظر: فتاواه (١/٤٩٠؛ ٢/٩٨)؛ الإبهاج شرح المنهاج له (٢/٢٥٦).

(٤٦) نهاية المطلب (٢/١٢٧). وانظر: الوسيط (٣/٢٢٦)؛ العزيز شرح الوجيز (١/٤٧٠-٤٧١).

(٤٧) انظر: المجموع المذهب (١/٢٥١).

المطلب الثالث: خلاف العلماء في القاعدة، وحقيقته، وسببه

أولاً: خلاف العلماء في القاعدة وحقيقته.

حكى من ذكر هذه القاعدة الخلاف فيها على قولين، ولم ينسبوا لأحد من أهل العلم فيها قولا بعينه، وأطلقوا الخلاف بلا ترجيح[٤٨]، وفرعوا على ذلك الخلاف في الفروع، وإذا تأملت هذه الفروع لم تجد الخلاف فيها مبنيًا على الخلاف في القاعدة، بل من يرى بقاء العموم يعلل بهذه القاعدة، ومن يرى بطلانه فيعلل بعلة أخرى لا علاقة لها بالقاعدة، وكأنه يرى عدم دخولها تحتها أصلا، وهذا كما يظهر في الفروع الفقهية المخرجة على القاعدة، يظهر كذلك في المسائل الأصولية التي يمكن أن تبنى عليها، ولأجل ذلك قسم الزركشي هذه القاعدة إلى أربعة أقسام، من حيث الوفاق فيها والخلاف، فقال[٤٩]: "هي على أربعة أقسام: ما يبقى قطعًا، وما لا يبقى قطعًا، وما فيه خلاف والأصح بقاؤه، وعكسه".

ومن الأمثلة على ذلك:

١-من نوى الاقتداء بزيد، فبان عمروًا، لا تصح صلاته، مع أن المرتفع -وهو الاقتداء بزيد- خاص، فالمفترض بقاء العموم، وهو مطلق الاقتداء.

وأجابوا عن هذا بأجوبة، منها:

(٤٨) انظر: فتاوى السبكي (١/٤٩٠)؛ الإبهاج شرح المنهاج له (٢/٢٥٦)؛ نهاية السول في شرح منهاج الأصول (١/٢٤٩)؛ المنثور (١/١١١)؛ القواعد لابن اللحام (٢/١٠٢٣)؛ الأشباه والنظائر للسيوطي (١٨٢)؛ الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية (٢/٤٠٥).

(٤٩) المنثور (١/١١١).

أولا: أن الواجب ليس مجرد المطلق، بل لا بد من تعيينٍ ما؛ كالإمام الحاضر، والميت الحاضر، فإذا نوى ما ليس كذلك، كان مباينًا لا أخص.

ثانيًا: أن الخصوص ههنا باعث، ولا يلزم من كون الخصوص باعثًا كون العموم باعثًا؛ إذ لا يلزم من علية المجموع علية الجزء.

ثالثًا: في تعيينه لاسم الإمام، تتوجه نيته إليه، فإذا بان أنه غيره؛ صار متابعًا لمن لا يعتقده إمامًا، ولا بد من تعيين نية الائتمام بمن يعتقد أنه إمام، وهذا الوجه يمكن أن يعود إلى الأول[(٥٠)].

٢-من أحرم بنية الفرض، ثم أراد قلبها إلى نفل؛ لعذر، فمن أهل العلم من يرى بطلان الصلاة، مع أن مطلق النية يشمله، فإذا بطل خصوص الفرضية، لم يلزم أن يبطل عموم نية الصلاة.

وأجاب من لم ير صحة الصلاة بأن النية لا بد أن تكون من أول الصلاة إلى آخرها، فإذا تغيرت النية في أثنائها؛ فإن أولها لم تشمله نية النفل، فصار كأنه صلى أولها بلا نية صحيحة، ولهذا يتفقون على عدم صحة نقلها إلى نفل معين، ويختلفون في نقلها إلى نفل مطلق، بالنظر إلى هذا الوجه، لا إلى خلاف في أن الخصوص إذا بطل هل يبقى العموم[(٥١)].

وعلى هذا فلا خلاف في أن الخصوص إذا ارتفع لا يلزم منه أن يرتفع العموم، وإنما الخلاف في الفروع، وسبب هذا الخلاف يعود إما إلى أن العموم لم يتحقق، بل هو عموم ثبت ضمنًا لأجل الخصوص، فيكون الخصوص أصلا له، فإذا زال الأصل، زال ما في ضمنه، وإما لوجود مانع يمنع من بقاء العموم.

وبناء على ذلك؛ فإن السبب في صياغة القاعدة بلفظ الاستفهام، هو أحد أمرين:

(٥٠) انظر: الأشباه لابن السبكي (١/٥٧، ٩٦)؛ البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١/٢٩٨).

(٥١) انظر هذا المثال في المطلب الثاني، من الفروع المخرجة على القاعدة.

أولهما: أن العموم ثابت ضمنًا تبعًا لأمر خاص، وليس ثابت ابتداء.

ثانيهما: أن ما ثبت ضمنًا إذا ارتفع سبب ثبوته فهل يرتفع تبعًا له، أم يبقى؟

ثانيًا: سبب الخلاف.

ذكر ابن السبكي لهذه القاعدة أصلًا كلاميًا، وهو أن الجنس هل يتقوم بالفصل؟ وذكر أن هذا من مخاضات الحكماء -أي علماء المنطق-، لا من موارد المتكلمين، وإنما يذكره المتكلمون تبعًا للحكماء، وعن هذا الأصل نشأت هذه القاعدة[٥٢].

ولكي يتضح هذا الأصل الذي بنى عليه الخلاف في القاعدة، لا بد من بيان المصطلحات التالية:

النوع: كلي مقول على واحد أو على كثيرين متفقين بالحقائق، في جواب ما هو.

والجنس: كلي مقول على كثيرين مختلفين بالحقائق في جواب ما هو.

والفصل: كلي يقال على الشيء في جواب أي شيء هو في ذاته[٥٣].

فمثال الجنس: حيوان، ومثل الفصل: ناطق.

فإن قلنا: إن الجنس يتقوم بالفصل، فلا يكون له وجود بدونه؛ فإن زوال الأخص يلزم منه زوال الأعم؛ لأن الأعم جنس، والأخص فصل، والجنس لا قوام له إلا بالفصل؛ فإذا زال الفصل زال الجنس.

وإن قلنا: إن الجنس لا يتقوم بالفصل، فيوجد بدون فصله؛ فإن زوال الأخص لا يلزم منه زوال الأعم؛ لأن الجنس، وهو الأعم، يبقى بعد زوال الفصل، الذي هو أخص.

وفي بناء هذه القاعدة على هذا الأصل نظر، من وجوه:

أولها: أن عدم الملازمة بين زوال الخاص وزوال العام متفق عليها بين الحكماء، كما

(٥٢) انظر: الأشباه له (١/٩٦)؛ سلاسل الذهب (١٣١).

(٥٣) انظر: شرح شيخ الإسلام الأنصاري على إيساغوجي (٤٧-٤٨، ٥٤).

سبق ذكره، وعلى هذا تكون العلاقة بين الجنس والفصل على القول بأنه يتقوم علاقة بين جزء وكل، بحيث يلزم من ارتفاع الجزء ارتفاع الكل، من حيث كونه كلا.

ثانيها: أن الخلاف في هذه المسألة، هو بالنظر إلى الجواز العقلي[٥٤]، وأما في الوجود الخارجي فلا يوجد خلاف في أنه لا وجود لجنس ليس له فصل، ولا وجود لفصل لا جنس له؛ لأن الجنس جزء ماهية الفصل، فلو وجد الجنس، فلا بد من وجود ما هو مكمل لجزء ماهيته الآخر، ففي الواقع لا يوجد حيوان ليس بإنسان، و لا فرس، ولا بعير، ولكن قد يوجد ذلك في الذهن، والخلاف فيه.

ثالثها: على القول بزوال فصل معين، فإن الجنس الباقي له فصل آخر يبقى به في الوجود، فإذا قلنا مطلق النية شرط لصحة الصلاة، فهذا هو الجنس، ولا بد له من فصل، إما الفرضية، أو النفل، فإذا زالت الفرضية، جاز أن يخلفها النفل، ولما كان النفل المطلق أخف من الفرض، بحيث يجوز فيه ما لا يجوز في الفرض، أمكن أن تصح الصلاة بدون أن يبدأها بنية النفل؛ لأجل أن الفرض مشتمل على النفل وزيادة، فإذا زال الفرض، لم يمنع زواله من بقاء النفل، الذي يدخل في جنس النية.

المطلب الرابع: القواعد المشابهة لها، والفرق بينها

أولاً: قاعدة: ما أوجب أعظم الأمرين بخصوصه، لا يوجب أهونهما بعمومه.

معنى هذه القاعدة: أنه إذا وجد سبب أو سببان يوجبان حكمين، أحدهما أشد من الآخر؛ فإن ما يوجبه أحدهما من الشدة بخصوصه يمنع من إيجاب ما يوجبه الآخر بعمومه، مثال السبب الواحد: زنا المحصن، يوجب الرجم بخصوص الإحصان، فلا

(٥٤) انظر: حاشية عليش على شرح شيخ الإسلام الأنصاري على إيساغوجي (٥٤).

يوجب الجلد بعموم كونه زنا، ومثل السببين: الزنا يشتمل على الملامسة والمفاخذة، وهو سبب مستقل في التعزير، فإذا وجب إقامة الحد لزناه، لم يجب التعزير على المفاخذة والملامسة[55].

ذكر ابن السبكي بين هذه القاعدة والقاعدة محل البحث شبهًا[56]، ولم يفصل في بيان هذا الشبه ما هو.

فإن أراد أن كلًا من القاعدتين مشتمل على عموم وخصوص، فليس هذا وحده كافيًا في إثبات الشبه.

وإن أراد أن كلا منهما لخصوصه تأثير على عمومه؛ من حيث إن الخصوص في هذه القاعدة منع إثبات العموم؛ لأجل ما في الخصوص من إيجاب أعظم الأمرين، والقاعدة محل البحث لم يمنع زوال خصوصها من بقاء عمومها.

فعلى هذا تكون القاعدتان متقابلتين، ودالتين على معنيين مختلفين، إحداهما يمنع خصوصها من ثبوت عمومها، والثانية لا يمنع بطلان خصوصها من بقاء عمومها.

ثانيًا: قاعدة: تخصيص بعض أفراد العام بحكم، هل يقتضي خروجه من العام؟

معنى هذه القاعدة: أنه إذا وجد لفظ عام، وقد خص بعض أفراده بحكم موافق للفظ العام أو مخالف له، فهل يُقضى بخروج الخاص من العام وانفراده بحكمه المختص به، أو يقضى بدخوله فيه، فيتعارضان مع اختلاف الحكم، ويتعدد سبب الاستحقاق مع اتفاقه؟

(55) انظر: الأشباه لابن السبكي (94/1)؛ المنثور (131/3)؛ إيضاح القواعد الفقهية للحجي (143)؛ القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير (349/1-351).
(56) انظر: الأشباه لابن السبكي (96/1).

وهي على قسمين:

الأول: أن يكون الخاص والعام في كلام واحد متصل: فينفرد الخاص بحكمه، ولا يقضى بدخوله في العام، مثل: أن يقول: هذه الدار لزيد، ولي منها هذا البيت، يُقبل إقراره، ولا يدخل البيت في الإقرار، ولو وصى لزيد بشيء، وللمساكين، وهو مسكين، فإنه لا يستحق مع المساكين من نصيبهم شيئًا.

الثاني: أن يكون الخاص والعام في كلامين منفردين، فله حالتان:

الأولى: أن يكون المتكلم بهما لا يمكنه الرجوع عن كلامه، ولا يقبل منه؛ كالأقارير، والشهادات، والعقود، فقيل: يقع التعارض بين الكلامين، وقيل: لا يدخل الخاص في العام، ويكون تخصيصه بالذكر قرينة مخرجة له من العموم.

الثانية: أن يكون الرجوع ممكنًا كالوصية، فهذا يشبه تعارض العام والخاص في كلام الشارع في الأحكام[٥٧].

ذكر بعض المعاصرين عند تعليقه على القاعدة محل البحث إشارة إلى العلاقة بينهما، ولم يبين وجه العلاقة[٥٨].

والذي يظهر لي أن لا علاقة بينهما؛ لاختلاف موضوعهما، فهذه القاعدة موضوعها إخراج بعض أفراد العام من حكمه بدليل خاص، والقاعدة التي معنا موضوعها عدم بطلان العام لبطلان الخاص.

ثالثًا: قاعدة إذا بطل الوصف هل يبطل الأصل.

هذه القاعدة وردت عند الحنفية، والحنابلة، في بعض كتب الأصول، والفروع

(٥٧) انظر: قواعد ابن رجب (٥٦٧، ق١١٩).

(٥٨) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة (٩٦٩، هامش١).

الفقهية، لكن لم أقف عليها في كتب القواعد لهم.

وقد وردت عند الحنفية بدون أداة الاستفهام، بلفظ: بطلان الوصف لا يوجب بطلان الأصل، أو لا يلزم من بطلان الوصف بطلان الأصل(٥٩)، مع أنهم يحكون الخلاف فيها.

ووردت في بعض كتب الحنابلة بلفظ الاستفهام: إذا بطل الوصف هل يبطل الأصل؟(٦٠).

والوصف في اللغة تحلية الشيء ونعته، والصفة: الأمارة اللازمة للشيء(٦١)، وهما مترادفان عند أهل اللغة، وعند المتكلمين: الوصف: كلام الواصف، والصفة: هي المعنى القائم بذات الموصوف(٦٢).

والأصل في اللغة أساس الشيء وأسفله(٦٣)، ويطلق على ما بني عليه غيره، وما منه الشيء، وما يتفرع عليه غيره، ومنشأ الشيء، وما يستند تحقق الشيء إليه، والمحتاج إليه(٦٤).

وأما في الاصطلاح الفقهي والأصولي فيطلق على: الدليل، والراجح أو الغالب، والقاعدة المستقرة أو المستمرة، والمقيس عليه، والمستصحب، وما

---

(٥٩) انظر: العناية شرح الهداية (٤/٤٥٥)؛ كشف الأسرار (١/٤٨٩)؛ البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١/٣٩٨؛ ٢/١٠)؛ حاشية ابن عابدين على الدر المختار (٢/١٥٦).

(٦٠) انظر: حاشية ابن قندس على الفروع (٦/٤١٧)، وعنه نقلها المرداوي في تصحيح الفروع (٦/٤١٧)؛ والإنصاف (١٣/١١٢).

(٦١) انظر: مقاييس اللغة (٦/١١٥)؛ القاموس المحيط (٨٥٩).

(٦٢) انظر: الكليات (٩٤٢).

(٦٣) انظر: مقاييس اللغة (١/١٠٩)؛ لسان العرب (١١/١٦).

(٦٤) انظر: المحصول للرازي (١/١/٩١)؛ نهاية السول (١/٧)؛ شرح الكوكب المنير (١/٣٨).

وضع له اللفظ أولاً(٦٥).

والظاهر أن المقصود بالأصل الوارد في القاعدة هو المعنى اللغوي.

ومعنى القاعدة: أن الوصف المقصود بالكلام أو الفعل، إذا بطل؛ فإن الأصل الذي يبنى عليه هذا الوصف لا يبطل، بل يمكن أن يبقى متصفًا بصفة أخرى.

وقد فرعوا عليها:

١- لو أعتق الحمل على مال، صح العتق، وبطل وصف المال؛ لأنه لا وجه لإلزام المال على الجنين؛ لعدم الولاية عليه، ولا يلزم من بطلان الوصف بطلان الأصل(٦٦).

٢- لو صلى العيد أو الجمعة منفردًا، بطل كونها جمعة أو عيد، وصحت نافلة؛ لأنه لا يلزم من بطلان الوصف بطلان الأصل(٦٧).

٣- لو كبر لصلاة فريضة، ففسدت لسبب لا ينافي أصل الصلاة؛ فإنها تنقلب نفلاً(٦٨).

٤- إذا أناب الصحيحُ غيره في حج فريضة، بطل وصف الفرض، وصح أصل الحج، ويقع نافلة عن الآمر(٦٩).

٥- إذا نوى صوم نفل في يوم من رمضان، لغت نية النفل، وبقي أصل الصوم(٧٠).

٦-من عجل زكاة ماله، وأخذها الفقير، ثم تبين أنه ليس عليه زكاة، فليس له الرجوع

(٦٥) انظر: نفائس الأصول (١٥٦/١- ١٥٧)؛ شرح مختصر الروضة (١٢٦/١)؛ كشف الأسرار للبخاري (٦٣/١، ٥٤٥/٣)؛ البحر المحيط (١٦/١-١٧)؛ شرح الكوكب المنير (٣٩/١).

(٦٦) انظر: العناية شرح الهداية (٤٥٥/٤).

(٦٧) انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٣٦٦/١).

(٦٨) انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٣٩٧/١-٣٩٨؛ ١٠/٢، ١٥).

(٦٩) انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٦٦/٣).

(٧٠) انظر: كشف الأسرار (٤٨٨/١-٤٨٩)؛ البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٢٨٠/٢- ٢٨١).

بها عليه؛ لأنه حصل أصل القربة، واتصل بها القبض، ويبطل وصف الفرضية(٧١).

وذكر الحنفية أن القول بالقاعدة هو مقتضى قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وخالفهم محمد بن الحسن، فرأى بطلان الأصل لبطلان وصفه، لكن حكوا عنه خلاف هذا في الصيام والحج، حيث وافق صاحبيه(٧٢).

ووجه قول أبي حنيفة وصاحبه: أن الوصف تابع للأصل، فالأصل هو المقصود، ولا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع.

ووجه قول محمد بن الحسن:

١- أن الوصف هو المحصِّل للأصل، فهو المقصود، فيلزم من بطلانه بطلان الأصل.

٢- أن الوصف له مدخل في إثبات الأصل، فكان جزءًا له، وإذا بطل الجزء بطل الكل.

وأجيب عن الأول: بأن الوصف لا يجوز أن يكون محصلا؛ لأن المحصل يجب تقديمه، والوصف لا يتقدم على الموصوف.

وعن الثاني: بأن للموصوف مدخلا لا من حيث تحصيل الأصل، حتى يكون جزءًا، بل من حيث نفي غيره مما يزاحمه، وإذا لم يكن جزءًا، لم يلزم من انتفائه انتفاء الكل(٧٣).

وبهذا يظهر شدة الشبه بين هذه القاعدة، والقاعدة محل البحث، حتى إن التوافق قد حصل في بعض الفروع الفقهية، ولعله لأجل هذا جمع بعض العلماء بينهما في مكان واحد، مخرجًا عليهما معًا، قال ابن قندس (ت ٨٦١ هـ) فيما إذا بطلت الحوالة،

(٧١) انظر: بدائع الصنائع (٢/٥٢).

(٧٢) انظر: فتح القدير (٢/٣٢١)؛ البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١/٣٩٧-٣٩٨؛ ٣/٦٦).

(٧٣) انظر: العناية شرح الهداية (١/٤٩٥-٤٩٦)؛ فتح القدير (١/٤٩٥-٤٥٦).

فهل للمحال أن يقبض[٧٤]:

"لـه أن يقبض؛ لأنه أذن لـه أن يقبض ذلك المبلغ ممن هو عليه بطريق الحوالة، فإذا بطلت الحوالة؛ لم يبطل أصل الإذن، بل الإذن باق، ويكون وكيلا، وهذا يرجع إلى قاعدة، وهي: إذا بطل الوصف هل يبطل الأصل، أو يبطل الوصف، كما إذا أحرم بفرض، فبان قبل وقته، هل يقع باطلا، أو يلغى الفرض ويقع نفلا؟ فيه خلاف، والمسألة قريبة الشبه مما إذا كان على الإنسان فائتة، ثم دخل في الحاضرة ناسيًا للفائتة، ثم ذكر في الصلاة، والوقت متسع، هل تبطل الصلاة من أصلها، أو يتمها نفلا؟ في المسألة خلاف في الجملة، وأصل هذا يرجع إلى قاعدة، وهي: إذا بطل الخصوص هل يبطل العموم؟".

ولهذا لا يبعد أن تكون هذه القاعدة دالة على نفس المعنى الذي تدل عليه القاعدة محل البحث.

لكن قد يظهر الفرق بينهما من جهتين:

الأولى: من حيث الحقيقة، فالعلاقة بين العموم والخصوص هي علاقة بين كلي وجزئياته، وأما العلاقة بين الأصل والوصف فهي علاقة بين أساس الشيء وفرعه، أو صفته، وهذا قد يكون جزءًا منه، وليس جزئيًا له.

الثانية: يمكن التفريق بينهما من حيث المعنى، من جهة أن مقصود القاعدة محل البحث: العموم الثابت ضمنًا بخصوص يكون هو المقصود الأصلي، وأما هذه القاعدة فتحتمل هذا المعنى، وتحتمل غيره، بحيث يكون المقصود هو الأصل والوصف معًا، والأصل ثبت قصدًا، ولكن بهذه الصفة.

---

(٧٤) حاشيته على الفروع (٦/٤١٧).

ومهمـــا يكن من أمر؛ فإن هذه القاعدة بحاجة إلـــى مزيد بحث، حتى تبرز مكانتها، ويظهر معناها، وما يتخرج عليها من فروع.

رابعًا: الشرط الباطل لا يؤثر في العقد.

تفيـــد هذه القاعدة: أن العقد إذا اســـتجمع أركانه وشروطه كان صـــحيحًا لازمًا، ولا يؤثر على صـــحته ما يقـــترن به من شروط باطلة، فلا تلازم بين بطلان الشرط وصـــحة العقد، فيصح العقد، ويبطل الشرط[٧٥].

وعدم التلازم بين بطلان الشرط وصـــحة العقد، قد يشـــعر بشـــيء من الشـــبه بين هـــذه القاعدة، والقاعدة محـــل البحث، من جهة أن العقد هـــو العموم، والشرط هو الخصوص، ولا يلزم من بطلان الخصوص بطلان العموم.

وهذا المعنى في الحقيقة يجعل هذه القاعدة فرعًا مخرجًا على القاعدة محل البحث، ولهذا عد بعض علماء الشافعية مما شذ عن القاعدة وجزم فيه ببطلان العموم: كل شرط ينافي مقتضـــى العقد إذا قارنه؛ فإن العقد يفســـد باشـــتراطه، ولا يقال بصحة العموم، وهو العقد، ولم يُحك فيه خلاف عندهم[٧٦].

لكن لا يظهر لي صـــحة إدراجها تحت القاعدة؛ لأن موضوع القاعدة هو في العموم الثابت ضمنًا مع أمر خاص مقصود بالكلام أو الفعل، وهنا العقد ثابت أصلا، والشرط وصـــف ورد معه، ولم يكن العقد ثابتًا بالشرط، حتى ينـــدرج تحت القاعدة، وإذا كان كذلك، فليس القول ببطلان العقود المقترنة بشروط باطلة مما يشـــذ عن القاعدة؛ لأنه لم يدخل تحتها أصلا.

(٧٥) انظر: القواعد الفقهية من خلال كتاب الإشراف (٣٥٧)؛ مجموع الفتاوى (٢٩/٣٣٩- ٣٤٠؛ ٣٢/١٦٠- ١٦٤)؛ زاد المعاد (٤/٢٥).

(٧٦) انظر: المجموع المذهب (١/٢٦١).

المبحث الثاني: المسائل المخرجة على القاعدة

المطلب الأول: المسائل الأصولية

المسألة الأولى: إذا نسخ الوجوب هل يبقى الجواز؟

أولا: صورة المسألة.

يذكر كثير من الأصوليين في صورة هذه المسألة نسخ الوجوب، وبعضهم يذكر دلالة الدليل على عدم إرادة الوجوب، وبعضهم يذكر انصراف الأمر عن الوجوب، وبعضهم يذكر انعدام صفة الوجوب(٧٧).

وقد يتبادر إلى الذهن أن المسألة كما تشمل النسخ، تشمل صرف الأمر عن الوجوب إلى الندب أو الإباحة بقرينة، بحيث لا يكون الأمر مرادًا به الوجوب في الأصل، لكن هذا غير مراد في صورة المسألة؛ لأن المقصود بها هو الأمر الذي أريد به الوجوب، ثم ارتفع هذا الوجوب بدليل، وهذا الارتفاع لا يكون إلا نسخًا(٧٨).

وأما في الباقي بعد رفع الوجوب، فأكثرهم يذكر الجواز فقط، وبعضهم يذكر الندب، وبعضهم يذكر الإباحة، واختلفوا في المراد بالجواز، فبعضهم يفسره بما استوى طرفاه وهو المباح، وبعضهم يفسره بما هو أعم من ذلك، بحيث يدخل فيه الندب،

(٧٧) انظر: التقريب والإرشاد (٢/٢٥٣)؛ العدة لأبي يعلى (٢/٣٧٤)؛ شرح اللمع (١/٢١٨، ف١٠٣)؛ الإحكام للباجي (١/٢٢٦، ف٩٦)؛ أصول السرخسي (١/٦٤)؛ التمهيد لأبي الخطاب (١/١٧٥)؛ المسودة (١/١٠١- ١٠٢)؛ المحصول للرازي (ج١، ق٢، ٣٤٢)؛ المعالم له (٧٢)؛ الحاصل من المحصول (٢/٢٦٢)؛ شرح تنقيح الفصول (١٤١-١٤٢)؛ أصول ابن مفلح (١/٢٤٩)؛ نهاية السول (١/٢٣٨)؛ التمهيد للإسنوي (٩٩، ١٠١)؛ القواعد لابن اللحام (٢/١٠٢٦).

(٧٨) انظر: التلخيص (١/٣٨٣)؛ أصول السرخسي (١/٦٥)؛ الكاشف عن المحصول (٣/٥٩٢- ٥٩٣)؛ الإبهاج في شرح المنهاج (٢/٣٤٧)؛ نهاية السول (١/٢٤٤-٢٤٥)؛ التوضيح لمتن التنقيح (١/١٥٨).

والإباحة، والكراهة[79].

ويرى بعضهم أن الكراهة لا تتأتى ههنا؛ لأنَّ مجردَ مُرجِحِ التركِ لم يوجد[80].

وبناء على ذلك تكون صورة المسألة: إذا رفع الوجوب بطريق النسخ، هل يبقى اللفظ بعد ذلك دالا على الجواز، أو الإباحة، أو الندب، أو الكراهة؟ أم لا يبقى دالا على شيء، ويعود الأمر إلى ما كان قبل مجيء الوجوب؟.

وذكر بعض الأصوليين أن موضوع المسألة لا يقتصر على الوجوب إذا نسخ، بل القياس أن هذا يقع فيما يمكن فيه منها ذلك، كأن يقال: الندب أو التحريم إذا نسخ بقي الجواز[81].

وفي إدخال التحريم في موضوع أو صورة المسألة نظر، يمنع من تخريج هذه المسألة على القاعدة؛ لما بين التحريم والجواز من المباينة، وليس بينهما وجه يشتركان فيه، حتى يندرج أحدهما في الآخر، ويلزم من ارتفاع التحريم بقاء الجواز، ولكن بقاء الجواز بعد نسخ التحريم من جهة أخرى، وهي أن الأصل في الأشياء الحل، فإذا ارتفع التحريم عاد الحكم إلى الأصل، وستأتي إشارة لهذا في المسألة التالية إن شاء الله.

ثانيًا: وجه اندراجها تحت قاعدة إذا بطل الخصوص بقي العموم.

يظهر وجه اندراج هذه المسألة تحت القاعدة من جهة أن الواجب له عموم، وهو رفع الحرج عن الفعل، وهو من هذه الجهة يستلزم الجواز، وله خصوص، وهو العقاب

(٧٩) انظر: الإشارة للباجي (١٧٢)؛ الكاشف عن المحصول (٣/٥٨٩)؛ شرح تنقيح الفصول (١٤١)؛ نفائس الأصول (٤/١٥١٦)؛ نهاية الوصول في دراية الأصول (٢/٥٩١)؛ الإبهاج شرح المنهاج (٢/٣٤٣- ٣٤٦)؛ جمع الجوامع مع شرحه للمحلي (١/١٣٤)؛ البحر المحيط (١/٢٣٣)؛ التحبير شرح التحرير (٣/١٠٣٩)؛ حاشية المطيعي على نهاية السول (١/٢٣٧).

(٨٠) انظر: نفائس الأصول (٤/١٥١٧).

(٨١) حاشية الأنصاري على شرح المحلي (١/٣٢٤).

على الترك، فهل إذا بطل خصوص الواجب يبطل عمومه أم يبقى؟[٨٢].

ويظهر من كلام الأصوليين عند بحث هذه المسألة: أن الوجوب هل يتضمن الجواز، الذي يصدق عليه ويصدق على المباح؛ إذ كل واجب لا بد أن يكون جائز الفعل، بالمعنى العام للجواز، وهو ما أذن الشارع في فعله، ولكنه يتميز عن المباح بأنه لا يجوز تركه، وقد يذكر بعضهم أن الأمر يشمل الواجب والمندوب والجواز، فإذا ارتفع الوجوب بقي اللفظ متناولا للندب والإباحة، كتناول اللفظ العام لبقية أفراده بعد التخصيص[٨٣].

وهذا يدل على إمكانية تخريج هذه المسألة على القاعدة.

لكن هذا التخريج قد ينتقد من جهتين:

الأولى: أن الجواز بمعنى الإباحة هو قسيم للواجب، فكيف يكون أعم منه؟

وفي هذا يقول ابن السبكي (ت ٧٧١ هـ) بعد أن ذكر قاعدة إذا بطل الخصوص هل يبقى العموم[٨٤]: "خرج منهم مخرج عليها: إذا نسخ الوجوب هل يبقى الجواز؛ توهمًا من هذا المخرج أن الجواز أعم، لا قسيم".

وهذا الوجه قد يجاب عنه بما في صورة المسألة، من أن الوجوب قد يراد به الأمر الدال على الوجوب، وهذا الأمر قد يشمل الندب والإباحة، إذا سقطت دلالته على الوجوب، أو أن المراد بالجواز ما هو أعم من الإباحة، التي هي قسيم للوجوب ولغيره من الأحكام الأخرى.

الثانية: في استدلال بعض الأصوليين على أن الوجوب إذا نسخ لا يبقى الجواز، ما

(٨٢) انظر: تعليق الشعلان على قواعد الحصني (٢/٦٣).

(٨٣) انظر: العدة (٢/٣٧٥)؛ التلخيص (١/٣٨٢-٣٨٣)؛ أصول السرخسي (١/٦٤).

(٨٤) الأشباه والنظائر (١/٩٦).

يشير إلى مباينة هذه المسألة لهذه القاعدة، وأنها مندرجة تحت قاعدة أخرى، وهي: إذا سقط الأصل سقط ما في ضمنه، وذلك في استدلال أبي إسحاق الشيرازي (ت ٤٧٦ هـ) على عدم بقاء الجواز إذا نسخ الوجوب، حيث يقول[٨٥]: "الأمر موضوع في اللغة للوجوب، والجواز إنما يستفاد من ضمنه، ويدخل فيه على سبيل التبع؛ لأنه لا يجوز أن يكون واجبًا ولا يجوز فعله، فإذا سقط ما اقتضاه اللفظ وما وضع له، لا يجوز أن يبقى ما كان من ضمنه".

وهذا الوجه لا يمنع من بنائها على القاعدة، عند من يرى أن الجواز أعم من الوجوب، فلا يلزم من ارتفاع الوجوب ارتفاعه، فهم لا يسلمون أن الجواز تابع وداخل ضمنًا، بل هو مدلول عليه بالأمر، كما دخل أفراد اللفظ العام فيه[٨٦].

ولهذا جعل بعض العلماء هذه المسألة مبنية على القاعدة[٨٧].

ولأجل ما بينهما من الشبه يرى بعض الأصوليين أن بين هذه المسألة والقاعدة تناظرًا، كما قال ابن السبكي بعد أن حكى الخلاف في هذه المسألة[٨٨]: "واعلم أن خلاف الأصوليين في هذه المسألة يناظر اختلاف الفقهاء في أنه إذا بطل الخصوص هل يبقى العموم؟".

وكذلك قال الإسنوي (ت ٧٧٢ هـ) بعد أن حكى الخلاف في هذه المسألة[٨٩]: "وهذا الخلاف كثيرًا ما يعبر عنه الفقهاء بقولهم: إذا بطل الخصوص هل يبطل العموم؟".

وهذا يدل على شدة العلاقة بين هذه المسألة، والقاعدة محل البحث، بل إن بعض الأصوليين جعل من فوائد الخلاف في الوجوب إذا نسخ هل يبقى الجواز: أنه إذا بطل

(٨٥) شرح اللمع (١/٢١٨-٢١٩، ف١٠٣). وانظر: التبصرة (٩٦)؛ اللمع (٤٩)؛ قواطع الأدلة (١/١٤٩).

(٨٦) انظر: العدة لأبي يعلى (٢/٣٧٥).

(٨٧) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٩٦)؛ القواعد (٢/١٠٢٣-١٠٢٤).

(٨٨) الإبهاج (٢/٣٤٩). وانظر: الوسيط للغزالي (٣/٢٢٦)؛ التحبير شرح التحرير (٣/١٠٤٣).

(٨٩) التمهيد (١٠١).

الخصوص هل يبقى العموم؟[٩٠].

ولذلك تجد بعضهم يجعل الفروع الفقهية المخرجة على قاعدة إذا بطل الخصوص هل يبقى العموم، مخرجة على مسألة إذا نسخ الوجوب هل يبقى الجواز[٩١].

والظاهر والله أعلم أن حديث الأصوليين عن هذه المسألة سابق لصياغة قاعدة إذا بطل الخصوص هل يبقى العموم، بدليل أني لم أجد من ذكر هذه القاعدة بهذا اللفظ قبل تقي الدين السبكي، ولعل هذا هو الذي دفع بعض الباحثين المعاصرين للقول[٩٢]: بـ "أن الواجب له عموم، وهو رفع الحرج عن الفعل، وله خصوص، وهو العقاب على الترك، فهل الحال أنه إذا بطل خصوص الواجب يبطل عمومه أو يبقى؟ ثم توسعوا في القاعدة فقالوا: إذا بطل الخصوص هل يبطل العموم، أو هل يبقى العموم".

لكن يشكل على هذا ما ذكره ابن السبكي، من أن هذه القاعدة نشأت من أصل كلامي، وخرج بعضهم عليها إذا نسخ الوجوب بقي الجواز[٩٣]، فإن ظاهر كلامه أن قاعدة إذا بطل الخصوص بقي العموم سابقة على تلك.

ويجاب عن هذا بأنه لا يلزم ذلك من كلامه؛ لأن تخريجها على قاعدة إذا بطل الخصوص بقي العموم لا يلزم منه أن تكون القاعدة سابقة لها، بدليل أن الفروع سابقة للقواعد الفقهية، ومع ذلك تخرج عليها.

المسألة الثانية: إذا نسخ التحريم هل تبقى الكراهة؟

هذه المسألة مما لم يتعرض لها الأصوليون، كما ذكر ذلك الزركشي[٩٤]، وصورتها أن

(٩٠) انظر: نهاية السول (١/٢٤٩)؛ التمهيد (١٠١، وما بعدها)؛ تيسير الوصول إلى منهاج الأصول (٢/٨٥).
(٩١) انظر: المجموع المذهب في قواعد المذهب (١/٢٥١)؛ تصحيح الفروع للمرداوي (٦/٤١٧).
(٩٢) تحقيق الشعلان على قواعد الحصني (٢/٦٣).
(٩٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/٩٦)؛ سلاسل الذهب (١٣١).
(٩٤) انظر: البحر المحيط (١/٢٦١).

ينسخ التحريم فقط، دون أن يعقبه لفظ يدل على الإباحة، فهل تبقى الكراهة؟

أما لو رفع التحريم بلفظ فيه إباحة فليس بداخل هنا، فمثلا: الجماع في ليل رمضان كان محرمًا، ثم نسخ بلفظ فيه إباحة، وهو قوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَىٰ نِسَائِكُمْ﴾ البقرة: ١٨٧ .

ووجه اندراج هذه المسألة تحت القاعدة أن التحريم والكراهة يشتركان في أصل المنع، ويمتاز التحريم بزيادة الإثم على الفعل، والنسخ يرفع الإثم على الفعل، فيبقى أصل المنع.

قال الزركشي[٩٥]: "يحتمل جريان الخلاف هنا أيضًا; لأن بين الحرام والمكروه اشتراكًا في الجنس، وهو مطلق المنع، وامتاز الحرام بالجرم، فإذا ارتفع الجرم يبقى مطلق المنع.

ويحتمل خلافه؛ فإن مأخذ الخلاف هناك: أن المباح جنس للواجب، ولم يقل أحد بأن الكراهة جنس للحرام".

وعلى هذا؛ فإن التحريم إذا نسخ بلا لفظ يدل على الإباحة، فيثبت الجواز بالبراءة الأصلية، وإذا خرجنا على القاعدة فنقول: تبقى الكراهة.

ومن أمثلة ذلك: كراهة الاحتجام للصائم؛ لأن قوله عليه الصلاة والسلام: "أفطر الحاجم والمحجوم"[٩٦]، يدل على تحريم الحجامة، ثم ثبت أنه عليه الصلاة والسلام احتجم وهو صائم[٩٧]، فهذا يدل على انتفاء التحريم خاصة، وتبقى دلالة اللفظ الأول على المنع غير المتحتم[٩٨].

---

(٩٥) البحر المحيط (١/٢٦١-٢٦٢). وانظر: المسودة (١/٢٢٩)؛ شرح الكوكب المنير (١/٤٣٣).
(٩٦) رواه: البخاري (٢٩-كتاب الصوم، ٣٢-باب الحجامة والقيء للصائم، معلقًا مرسلا عن الحسن).
(٩٧) رواه: البخاري (٢٩-كتاب الصوم، ٣٢-باب الحجامة والقيء للصائم، رقم ١٩٣٨) عن ابن عباس.
(٩٨) انظر: التمهيد للإسنوي (١٠٢).

وقد يقال: ليس هنا نسخ، بل هو صرف للفظ عن التحريم إلى الكراهة.

فيقال: بل هو نسخ؛ فإن الحكم بفطر الحاجم والمحتجم، مما لا يحتمل أن يكون المراد به الكراهة، حتى يقال إن احتجامه عليه السلام وهو صائم صرف اللفظ عن ظاهره وهو التحريم إلى الكراهة، فثبت التحريم بهذا اللفظ، ثم نسخ بفعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم.

المسألة الثالثة: القراءة الشاذة هل تنزل منزلة الخبر في الاحتجاج أم لا؟

القراءة الشاذة في اصطلاح الأصوليين هي: ما نقل من القرآن نقلا غير متواتر(٩٩).

وبما أن الأصوليين موضوع دراستهم هو الحجية، فقد اعتنوا بالحديث عن هذا، وقد اختلفوا في صحة الاحتجاج بهذه القراءة على قولين(١٠٠).

ومأخذ من يرى حجية القراءة الشاذة هو: أنه لا يلزم من انتفاء خصوص القرآنية انتفاء عموم صحة الخبر، فمدار الاحتجاج على الصحة، فإذا ثبتت صح الاحتجاج، ولا يلزم من ارتفاع الأخص، وهو القرآنية، ارتفاع الأعم، وهو الخبرية(١٠١).

ومن هذا المأخذ يظهر وجه اندراج هذه المسألة تحت القاعدة.

وأما من يرى عدم الحجية فهو لا يسلم ثبوت القراءة إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم، ويرى أن الصحابي إن نقله على أنه قرآن فهو خطأ، وإن نقله على أنه خبر، فهو متردد بين أن يكون عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، وبين أن يكون مذهبًا له، ومع التردد لا يكون حجة(١٠٢).

(٩٩) انظر: روضة الناظر (١/١٨١)؛ البدر الطالع شرح المحلي على جمع الجوامع (١/١٧٦). وأما علماء القراءات فمصطلح الشاذ أوسع من تعريفه عند الأصوليين، على خلاف بينهم في تحديد معناه. انظر: الإتقان في علوم القرآن (٢/٥٠٥)؛ المصطلحات المشتركة بين علم أصول الفقه والعلوم الأخرى (١٢٢- ١٢٣).

(١٠٠) انظر: أصول السرخسي (١/٢٨١)؛ الإحكام للآمدي (١/١٦٠)؛ القواعد الأصولية (١/٥٢٧- ٥٣١)؛ شرح الكوكب (٢/١٣٨).

(١٠١) انظر: التمهيد للإسنوي (١٠١)؛ تشنيف المسامع (١/٣٢١)؛ القواعد الأصولية (٢/١٠٢٦)؛ البدر الطالع (١/١٧٨).

(١٠٢) انظر: الإحكام للآمدي (١/١٦٠).

المسألة الرابعة: نسخ بعض العبادة أو الأصل، هل يكون نسخًا للجميع؟

لا خلاف بين العلماء أن نقصان جزء أو شرط من العبادة، أو رفع بعض أحكام الأصل هو نسخ لما أسقط من العبادة أو الأصل، واختلفوا هل هذا النسخ يرفع بقية العبادة أو الأصل، بحيث يكون كله منسوخًا، أم لا[103]؟

ووجه تخريج هذه المسألة على القاعدة، أن الأصل أو العبادة هي العموم، وما نسخ منها هو جزء أو خاص، فهل يرتفع العموم بارتفاعه؟[104].

لكن قد يقال: إن موضوع القاعدة في العموم الذي يثبت ضمنًا، وهنا الأصل أو العبادة هي الثابتة أصلا، وورد النسخ على جزئها أو بعضها.

وكذا أيضًا، يمكن أن يقال: من قال بالنسخ؛ فإنه يرى أن الصورة قد تغيرت بما نقص منها، فتحتاج إلى دليل جديد يدل عليها بهذه الصورة، والدليل القديم إنما يدل على مجموعها، والناسخ لما رفع جزءها بخصوصه، فهو رافع لجملتها بما غير من صورتها[105].

ومن أمثلة ذلك:

١- الاحتجاج على ثبوت العمل بالقرعة بقصة يونس عليه السلام في قوله تعالى: ﴿ فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ ٱلْمُدْحَضِينَ ﴿١٤١﴾ ﴾الصافات: ١٤١ ؛ فإن الاقتراع على مثل حاله لا يجوز؛ لأنه يجوز إخراج المذنب بالقرعة، فهل يكون هذا نسخًا للقرعة من أصلها؟

٢- وكذلك بقصة زكريا، في قوله تعالى: ﴿ أَقْلَٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ ﴿٤٤﴾ ﴾آل عمران: ٤٤؛ فإن اقتراع الرجال الأجانب على حضانة المرأة لا يجوز.

---

(١٠٣) انظر: المعتمد (١/٤٤٧)؛ العدة لأبي يعلى (٣/٨٣٧)؛ المستصفى (١/٢٢١)؛ المسودة (١/٤٣٢، ٤٣٣)؛ فواتح الرحموت (٢/٩٤).

(١٠٤) انظر: العدة لأبي يعلى (٣/٨٣٨).

(١٠٥) انظر: فواتح الرحموت (٢/٩٥).

٣- نهيه عليه الصلاة والسلام لمعاذ عن الجمع بين الصلاة معه وإمامة قومه[١٠٦]، إذا كان للتطويل عليهم، هل يكون نسخًا لما دل عليه من ائتمام المفترض بالمتنفل؟[١٠٧].

المسألة الخامسة: النهي العائد إلى غير ذات المنهي عنه هل يقتضي الفساد؟

اقتضاء النهي الفساد من المسائل الكبيرة، ولها شعب كثيرة، وهي تنقسم قسمين:

القسم الأول: أن يكون النهي لعينه؛ كالنهي عن الشرك، وبيع الملاقيح والمضامين، والكلب والخنزير[١٠٨].

القسم الثاني: أن يكون النهي لغيره، وهو على ضربين:

الضرب الأول: ما نهي عنه لمعنى جاوره جمعًا؛ كالبيع وقت النداء للاشتغال عن السعي إلى الجمعة.

الضرب الثاني: ما نهي عنه لمعنى اتصل به وصفًا، وقد يعبر عن هذا بقولهم: النهي عن الشيء لوصفه اللازم له؛ كالنهي عن صيام يومي العيد، وبيوع الربا[١٠٩].

ففي القسم الثاني، كلا الضربين، يمكن أن يُخرج عدم فساد المنهي عنه على هذه القاعدة، فيقال: إن النهي ورد على خصوص الوصف فقط، لا على عموم الأصل، فيبقى العموم على مقتضى المشروعية، ولا يبطل ببطلان وصفه[١١٠].

وأما من يرى الفساد في هذه الصور؛ فإنه لا يسلم بهذا المعنى، ويرى أن الوصف

---

(١٠٦) رواه: أحمد في المسند (٣٠٧/٣٤، رقم ٢٠٦٩٩) عن رجل من بني سلمة، يقال له: سليم، وقال محققو المسند: صحيح لغيره.

(١٠٧) انظر: المسودة (٤٣٣/١- ٤٣٤).

(١٠٨) الملاقيح والمضامين: ما في بطون النوق من الأجنة. انظر: المصباح المنير (٢٩٧، ٤٥٤).

(١٠٩) انظر: المعتمد (١٩٣/١)؛ كشف الأسرار (٥٢٧/١)؛ التحبير شرح التحرير (٢٢٨٦/٥، ٢٢٩٥)؛ البحر المحيط (٤٣٩/٢، ٤٤٢)؛ أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله (٢٨٠).

(١١٠) انظر: إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام (٥٧٨- ٥٧٩)؛ البحر المحيط (٤٤٠/٢)؛ التقرير والتحبير في شرح التحرير (١٤٠/٢- ١٤١).

صار جزءًا من الأصل، كالجزء مع الكل، فيلزم من فساد الجزء فساد الكل.

المطلب الثاني: المسائل الفقهية

الفروع الفقهية المخرجة على هذه القاعدة كثيرة جدًا، وقد جرى في كثير منها النزاع، هل يبقى العموم أم يبطل، وسأذكر بعض هذه المسائل:

المسألة الأولى: هل يستحب الجمع بين خصال الكفارة؟

من وجبت عليه كفارة على التخيير؛ ككفارة اليمين بين العتق، والإطعام، والكسوة، أو على الترتيب؛ ككفارة الظهار، يجب العتق، ثم الصيام، ثم الإطعام، فإذا كفر بالعتق، ثم أراد أن يكفر بما بعده، فهل يقع له ذلك مستحبًا؟

ذكر بعض الأصوليين أنه يستحب الجمع بين خصال الكفارة[١١١]، وخرجه السبكي على هذه القاعدة، فقال: "وإن كفر بالعتق، ثم صام بنية الكفارة، ينبغي أن يأتي فيه الخلاف المشهور في أنه إذا بطل الخصوص هل يبطل العموم"[١١٢].

ووجه التخريج على هذه القاعدة -فيما يظهر لي- إما من جهة أن الجميع كان واجبًا، ثم إذا سقط الوجوب بفعل الأول لم يمتنع ثبوت الاستحباب في الباقي؛ لأنه قدر مشترك بين الواجب والمستحب.

وإما من جهة أن الكفارة قد ثبتت في ذمته في الجملة، والبراءة تحصل بهذه الأمور على الترتيب، أو التخيير، فسقوط أحدها بفعله، لا يبطل صلاحية الباقي؛ لشمول لفظ الكفارة لها.

ومن نازع في استحباب فعل الجميع، أو الجمع بين جميع أنواع الكفارات، فليس

(١١١) انظر: المحصول للرازي (١/٢/٢٨٣-٢٨٤).
(١١٢) انظر: الإبهاج (٢/٢٥٦).

خلافه في ذلك لعدم قوله بأن نفي الخصوص لا يستلزم نفي العموم، وأنه يرى أن الخصوص إذا انتفى ينتفي معه العموم، ولكن لأن الكفارة سقطت كلها بفعل فرد من أفرادها، وأن الواجب واحد لا بعينه، والباقي بعد ذلك لا دليل على فعله، فلا يطالب به لا استحبابًا ولا جوازًا، إلا بالدليل العام الذي يقتضي الجواز أو الاستحباب بحسب ما في الفعل، دون تعلقه بالكفارة(١١٣).

المسألة الثانية: إذا أحرم بفرض، ففسد، أو خرج منه، فهل ينقلب إلى نفل؟

إذا أحرم بفرض، وأتى بما ينافي الفرض دون النفل، أو أراد قلب الفرض إلى نفل، فهل تبطل الصلاة كلها، أم يبطل خصوص الفرض، وتصح نفلا مطلقًا؟ إن كان له عذر صحيح، فتنقلب نفلا، وتصح؛ لأنه إذا بطل الأخص بقي الأعم، ولأن وصف الفرضية إذا بطل، بقي أصل الصلاة، وإن كان لغير عذر صحيح، فكثير من أهل العلم لا يقول هنا بالقاعدة؛ إما لأنه متلاعب، وقد أبطل صلاته بلا سبب صحيح، وإما لأن جزءًا من الصلاة خلا عن النية(١١٤).

ولهذا صور:

أولاً: إذا ظن دخول وقت صلاة فريضة، فأحرم بها، فبان قبل وقته، فلا يجزئه عن الفرض جزمًا، وتنعقد نفلا.

ثانيًا: أن ينوي فرضًا آخر، فيبطل الفرض الأول، ولا تصح في الفرض الثاني؛ لأن النية لا بد أن تكون من أول الفرض، وتصح نفلا.

---

(١١٣) انظر: الإبهاج (٢/٢٥٥)؛ كشف الأسرار (٢/٢٧٦-٢٨٩).

(١١٤) انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (١/١٩٠)؛ البحر الرائق شرح كنز الدقائق (١/٣٩٨)؛ الإبهاج (٢/٣٤٩)؛ الأشباه لابن السبكي (١/٩٦-٩٧)؛ الكافي لابن قدامة (١/٢٦٨، ٢٧٦-٢٧٧)؛ الشرح الكبير (٣/٣٧٣)؛ الفروع (٢/١٤٢، ١٤٥-١٤٦)؛ القواعد الأصولية (٢/١٠٢٧-١٠٢٨، ١٠٣٣).

ثالثًا: أن يظن أن عليه فائتة، فيحرم بها، ثم يتبين له أثناء الصلاة أن ليس عليه شيء، فتنقلب نفلا.

رابعًا: أن يحرم بالفرض قائمًا، ثم يقعد بلا علة، فيبطل الفرض، وتنقلب نفلا.

خامسًا: أن يحرم بفريضة في الكعبة، فلا تصح، وتنقلب نفلا.

سادسًا: لو أحرم بفريضة منفردًا، ثم أقيمت الصلاة جماعة، قلبها نفلا، وسلم من ركعتين.

قال ابن اللحام (ت ٨٠٣ هـ) عن مسألة من أحرم بفرض ثم قلبه نفلا[١١٥]: "وبيان تخريج هذه المسألة على القاعدة: أن نية الفرض تشتمل على نية الصلاة من حيث الجملة، وخصوص الفرض، فإذا بطل خصوص الفرض بقي أصل نية الصلاة، كما لو أحرم يظن أن الوقت دخل، فبان لم يدخل..

ومن نصر الرواية لأولى هنا -وهي عدم الصحة-، أجاب عن قياس هذه المسألة على المسألة التي قبلها: بأنه إنما يصح في الرواية الأولى لأنه أحرم بالفريضة قبل وقتها، فانعقدت من أصلها نافلة، فلهذا صح أن يتمها بتلك النية، وههنا انعقدت فريضة، فلم يصح أن يكملها نافلة".

المسألة الثالثة: إذا أخرج الزكاة، ثم تبين أن لا شيء عليه.

إذا ظن رب المال أن عليه زكاة فأخرجها، ثم بان أن لا شيء عليه، لم يرجع بها على المساكين؛ لوقوعها نفلا، واتصال القبض بها، فقد بطل أصل الزكاة، لكن بقي أصل الصدقة، وهي أعم[١١٦].

(١١٥) القواعد الأصولية (٢/١٠٣٢).

(١١٦) انظر: المنثور (١/١١٢)؛ الفروع (٤/٢٨٨)؛ القواعد الأصولية (٢/١٠٣٨).

المسألة الرابعة: من أحرم بالحج قبل أشهره.

إذا أحرم بالحج قبل أشهره، ولم نقل بصحة الحج، فبطلان خصوص الحج لا يقتضي بطلان عموم الإحرام، فيبقى عموم الإحرام بالعمرة(١١٧).

قال الزركشي الحنبلي (ت ٧٧٢ هـ)(١١٨): "إذا أحرم بالحج صح عمرة؛ لصحة الإحرام بها في كل السنة، ومجرد الإحرام يقتضي أفعالها، وهو الطواف والسعي والحلق، وما زاد على ذلك مختص بالحج، وإذا بطل الخصوص بقي العموم، فهو كما لو أحرم بالصلاة قبل وقتها.

لكن يقال على هذا: بأن اقتضاء الإحرام لأفعالها لا يقتضي أنه إذا بطل الحج أنه تحصل له عمرة؛ إذ العمرة نسك آخر، فهو كالعصر إذا نقلها للظهر لا تصح ظهراً، غايته أن يقال: يتحلل بعمل عمرة".

المسألة الخامسة: من نذر فعل عبادة على صفة محرمة.

إذا نذر أن يفعل عبادة على وجه منهي عنه؛ فإن الصفة تبطل، ويلزمه فعل العبادة بدون الوصف المنهي عنه؛ لأن الوصف إذا بطل لم يبطل الأصل، وبطلان الأخص لا يقتضي بطلان الأعم(١١٩)، ولذلك صور، منها:

أولا: إذا نذر صوم يوم العيد؛ صح نذره، ولزمه يوم آخر؛ لأنه إذا بطل خصوص نذر الصوم في يوم العيد، بقي عموم نذر الصوم.

ثانيًا: لو نذر الطواف على أربع، لغى خصوص الطواف على الهيئة المنهي عنها،

---

(١١٧) انظر: المجموع المذهب (١/٢٥٤)؛ المنثور (١/١١٥)؛ القواعد الأصولية (٢/١٠٤٢-١٠٤٣).

(١١٨) شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٣/٧٢-٧٣).

(١١٩) انظر: فتح القدير (٥/٩١)؛ الكافي (٢/٤٩٥)؛ الشرح الكبير (٩/٣٧٣، ٢٨/٢٤٩)؛ الإنصاف (٢٨/١٨١)؛ القواعد الأصولية (٢/١٠٤٤، ١٠٤٧، ١٠٥١، ١٠٥٣).

ولزمه الطواف على الوجه المشروع.

ثالثًا: نذر أن يصلي عريانًا، أو في مكان منهي عنه، لزمه أن يصلي مستترًا في مكان تصح الصلاة فيه.

رابعًا: إذا عين أضحية معيبة بقوله: "جعلت هذه أضحية"، أو نذر التضحية بها ابتداء؛ فلا تكون أضحية؛ لأنها معيبة، ويلزمه ذبحها؛ لأن إيجابها بقوله هي أضحية كنذر ذبحها، فليزمه الوفاء به، فإذا بطل خصوص الأضحية، بقي عموم النذر.

المسألة السادسة: إذا وقف ما لا يصح وقفه.

لو وقف على مسجد قنديل ذهب أو فضة لم يجز، وبطل خصوص الوقف، ويبقى عموم الصدقة به، فيكسر ويصرف في مصالح المسجد وعمارته(١٢٠).

المسألة السابعة: إذا فسدت الحوالة، فهل يحق للمحال القبض؟.

أولا: إذا أحال المشتري البائع بالثمن على رجل، ثم فسخ البيع بخيار أو غيره، فإن الحوالة تبطل عند بعض العلماء؛ لأن الثمن الذي أحيل به لقبضه لم يكن دينًا له، ويجوز للمحتال -الذي هو البائع- قبضه للمالك، بعموم الإذن الذي تضمنه خصوص الحوالة؛ لأنها متضمنة لجواز الأخذ، والمنافي ورد على خصوص الحوالة فيبقى الجواز(١٢١).

ثانيًا: إذا كان لرجل سلم، وعليه سلم من جنسه، فقال لغريمه: اقبض سلمي لنفسك، ففعل، لم يصح قبضه لنفسه؛ لأن قبضه لنفسه حوالة به، والحوالة بالسلم لا تجوز، ويقع قبضه للآمر؛ لأن الحوالة إذا بطلت بمال السلم بقي الإذن العام في قبضه.

(١٢٠) انظر: المغني (٤/ ٢٣٠)؛ القواعد الأصولية (٢/ ١٠٥٤).

(١٢١) انظر: الوسيط (٣/ ٢٢٦)؛ الإبهاج (٢/ ٣٤٩)؛ نهاية السول شرح المنهاج (١/ ١٠٦)؛ الفروع (٦/ ٤١٧)؛ القواعد الأصولية (٢/ ١٠٤٥).

ومن رأى عدم صحة القبض علل بأنه لم يجعله نائبًا له في القبض، فالإذن ثبت ضمنًا في الحوالة، فإذا بطلت بطل ما في ضمنها، وهو الإذن[١٢٢].

المسألة الثامنة: إذا فسدت الوكالة.

أولا: إذا وكله في بيع فاسد، أو شراء فاسد، لم تصح الوكالة في الفاسد؛ لأن الله تعالى لم يأذن فيه، ولأن الموكل لا يملكه فالوكيل أولى، ولا يكون وكيلا في الصحيح؛ لأن الموكل لم يأذن، فهنا يقال ببطلان العموم[١٢٣].

وذكر بعض العلماء صحة الوكالة في الصحيح؛ لأنه إذا أذن في الفاسد فالصحيح أولى[١٢٤].

وفرق ابن اللحام في قواعده بين أنواع الفساد، فإن كان الفساد لأجل وقت البيع، كالبيع بعد نداء الجمعة الثاني، أو سدًا للذريعة، كما في النهي عن بيع السلاح لأهل الحرب، أو في الفتنة، ونحو ذلك من الصور؛ فقد يقال: يملك الصحيح، ويلغو الفاسد؛ لأنه إذا بطل خصوص الفساد، بقي عموم الوكالة في الصحيح.

وإن كان الفساد لذاته؛ كبيع الخمر وشرائه، ونحو ذلك من الصور التي يفسد فيها البيع لذاتها؛ فإنه لا يملك الصحيح؛ لأن البيع في أصله فاسد، فلا تصح الوكالة فيه، ولا في غيره لعدم الإذن[١٢٥].

ثانيًا: إذا فسدت الوكالة لكونها معلقة على شرط، فتصرف الوكيل عند وجود الشرط، صحت؛ لوجود مطلق الإذن[١٢٦].

(١٢٢)انظر: الشرح الكبير (١٢/٣٠٥)؛ القواعد الأصولية (٢/١٠٤٦).
(١٢٣)انظر: الشرح الكبير (١٣/٥٢٥-٥٢٦)؛ أسنى المطالب شرح روض الطالب (٢/٢٧٤).
(١٢٤)انظر: الشرح الكبير (١٣/٥٢٦).
(١٢٥)القواعد الأصولية (٢/١٠٤٦-١٠٤٧)، وحاشية المحقق عليها (٢/١٠٤٧، رقم٢).
(١٢٦)انظر: الأشباه لابن السبكي (١/٩٦)؛ أسنى المطالب شرح روض الطالب (٢/٢٧٤).

ومثال ذلك: لو قال: إن أَبْرَأْتَني فأنتَ وكيل في طلاقها، فأبرأته برئ، ثم الوكيل مخير فإن طلق وقع رجعيًا؛ لأن الإبراء وقع في مقابلة التوكيل، وتعليقه إنما يفيد بطلان خصوص التوكيل، وأما التطليق فيصح لعموم الإذن(١٢٧).

المسألة التاسعة: إذا أبطل الحاكم شهادة شاهدين لمبادرتهما.

إذا تضمنت شهادة الشهود خبرًا، وردت شهادتهما لكونهما بادرا بها قبل طلبها، لا طعنًا فيهما؛ فإنه يجوز لغير الحاكم العمل بما تضمنه خبرهما، ومن وصور ذلك: إذا شهد الشاهدان حسبة عند الحاكم أن عمرًا الغائب وكل زيدًا، فإذا رد الحاكم شهادتهما للمبادرة، لم يمتنع على زيد العمل بالوكالة بخبرهما؛ لأنه لا يلزم من بطلان خصوص الشهادة بطلان عموم كون ذلك خبرًا، فيجوز حينئذ لزيد إذا غلب على ظنه صدقهما أن يعمل بمقتضى الوكالة(١٢٨).

هذه بعض الأمثلة المخرجة على هذه القاعدة، وهي كثيرة في كتب فقه الشافعية والحنابلة، يظهر بها أثرها، وتنوع تطبيقاتها في عدد من الكتب، في العبادات والمعاملات والأقضية والشهادات.. والله أعلم.

الخاتمة

في ختام هذا البحث، تظهر عدد من النتائج، وهي:

١- ظاهر اللفظ من القاعدة غير مراد، فليس المقصود بها كل عموم مع خصوص، بل عموم ثابت ضمنًا، وعلى هذا فهي تفيد: أن العموم الثابت ضمنًا بسبب أمر خاص، إذا ارتفع الأمر الخاص الذي ثبت به، فهل يرتفع العام، أم يبقى؟ ولا يدخل في هذا العام الذي ثبت استقلالا، ثم ارتفع بعض أفراده، وعلى هذا فإن ظاهر اللفظ منها غير

(١٢٧) انظر: تحفة المحتاج (٧/٤٨٢-٤٨٣)، وحاشية العبادي عليه.

(١٢٨) حواشي الرملي على أسنى المطالب (٢/٢٨٢).

مراد؛ لأن العموم لا يرتفع بارتفاع بعض أفراده باتفاق العلماء.

٢- ظهر من هذا البحث أن القاعدة بهذه الصياغة مذهبية، نشأت في كتب الشافعية، وتبعهم فيها الحنابلة، ولكن مع كونها كذلك إلا أن أثرها يظهر في سائر الفروع من المذاهب الأخرى؛ لأن قضية عدم التلازم بين ارتفاع الخصوص والعموم متفق عليها، ولكن يقع النزاع في ثبوت العموم من أمر خاص قد ارتفع.

٣- موضوع القاعدة أصولي وفقهي، فيتخرج عليها مسائل أصولية، وفروع فقهية، ولهذا تذكر في كتب القواعد الأصولية، وكتب القواعد الفقهية.

٤- لم أقف على أدلة للقاعدة، بل ولم أر من نسب الأقوال فيها إلى أحد، وسبب ذلك والله أعلم أن موضوعها نفسه مما يقع فيه الخلاف بحسب الواقع، وليس مما ينازع فيه لذاته، من حيث إن العموم لا يلزم ارتفاعه من ارتفاع خصوصه، ومن جهة أنه مهما أمكن تصحيح الأفعال والأقوال وجب ذلك، وحيث يتعذر التصحيح يحكم بالبطلان.

وأما التوصيات، فهي:

١- ضرورة ملاحظة تأثير القاعدة في عدد من المسائل التي لم ينص عليها الأصوليون، مما يكون له أثر في تقوية بعض القواعد، أو بيان سبب الخلاف فيها، أو ترجيح أحد الأقوال فيها.

٢- حاجة بعض القواعد في كتب الفقه إلى الدراسة، وجمع شتاتها، وضمها إلى نظائرها من القواعد الأخرى، كما في قاعدة: إذا بطل الوصف لا يبطل الأصل.

والله أعلم وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله.



بحث محكّم

إعداد د. عقيل عبدالرحمن العقيل
الأستاذ المشارك بقسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء

ملخص البحث

بيّن الباحث التالي:

– عرف الرجوع عن الشهادة بأنه: أن ينفي الشاهد ما أثبته ابتداءً بشهادته بأن يقول: رجعت عما شهدت به، أو شهدت بزور ونحوها.

– اتفاق الفقهاء على حجية الشهادة وأنها طريق من طرق الإثبات أمام القضاء.

–شرط صحة الرجوع عن الشهادة أن يكون في مجلس القضاء.

– أحوال الرجوع عن الشهادة:

١– قبل صدور الحكم: لا يجوز للقاضي اعتبار الشهادة دليلا، وله تعزير وتشهير الشهود عن رجوعهم، ما لم يكن رجوعهم عن شهادة على شخص بالزنا، ففي رجوعهم خلاف على قولين:

الأول: يحدّ الراجع بحد القذف، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

الثاني: لا يحد الراجع، وهو رواية في مذهب الإمام أحمد، وهو ترجيح البحث.

٢– بعد صدور الحكم وقبل التنفيذ: له حالات كالتالي:

أ– الرجوع عن الشهادة في الحدود أو القصاص، فيه خلاف على قولين:

الأول: وجوب نقض الحكم وعدم تنفيذه، وهو قول عامة الفقهاء، وهو ترجيح البحث.

الثاني: إن كانت الشهادة في دم، فيجب استيفاؤه، وهو قول الإمام خليل.

ب– الرجوع عن الشهادة في المال، فيه خلاف على قولين:

الأول: لا يُنقض الحكم، ويضمن الشهود المحكوم به، وهو قول جمهور

الفقهاء، وهو ترجيح البحث.

الثاني: وجوب نقض الحكم، وهو قول الشافعية وأهل الظاهر.

٣- بعد صدور الحكم وبعد التنفيذ: فيه خلاف على قولين:

الأول: لا يُنقض الحكم، وهو قول الإمام مالك والشافعي وأحمد، وهو ترجيح البحث.

الثاني: لا يقتص من الشهود، ولكنهم يضمنون الدية والمال المسروق، وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه.

- الرجوع الجزئي في الأمور المالية له حالات كالتالي:

الرجوع قبل الحكم له اعتباره، وليس للقاضي الحكم بشهادتهم، ولكن له حق تعزير وتشهير الراجع.

وإن كان الرجوع بعد الحكم فله حالتان:

الأولى: إن كان ينقص النصاب بالرجوع، فيرى البحث ضمان الراجعين بقسطهما من المال حسب عدد الشهود وعدد الراجعين

الثانية: إن كان لا ينقص النصاب، فيرى البحث عدم ضمان الشاهد لشيء.

وإن كان الرجوع بعد الحكم والاستيفاء، فلا يُنقض الحكم، ولا يجب على المشهود له رد ما أخذه.

- الرجوع الجزئي في الحدود والقصاص له حالات كالتالي:

الرجوع قبل الحكم في حد الزنا فيه ثلاثة أقول:

الأول: إقامة الحد على جميع الشهود الأربعة، وهو قول الإمام أبي حنيفة وصاحباه، والمالكية وقول عند الشافعية ورواية في مذهب الإمام أحمد، وهو

ترجيح البحث.

الثاني: إقامة الحد على باقي الشهود فقط، وهو قول في مذهب الحنابلة.

الثالث: إقامة حد القذف على الشاهد الراجع فقط، وهو قول الإمام زفر من الحنفية، وبعض الشافعية.

– أن الرجوع الجزئي الذي لا يؤثر على النصاب بعد الحكم وقبل الاستيفاء في الشهادة على الحدود والقصاص، فيه خلاف بين الفقهاء، رجّح البحث عدم تضمين الشاهد عند رجوعه ما دام أنه قد بقي من الشهود ما يكفي لإثبات الحق.

– أن الرجوع الجزئي المؤثر على النصاب بعد الحكم وقبل الاستيفاء في الشهادة على الحدود والقصاص فيه خلاف بين الفقهاء، رجّح البحث إقامة الحد على من بقي دون من رجع.

– أن الرجوع الجزئي بعد الحكم والاستيفاء فيه خلاف بين الفقهاء، رأى البحث أن الشاهد الذي رجع يحد حد القذف ويغرم ربع الدية.

– اختلاف الفقهاء في رجوع الشاهد عن بعض شهادته على أربعة أقوال، رأى البحث قبول قول الشاهد إذا رجع عن بعض شهادته مع التقييد ببقاء الشاهد على العدالة وعدم الحكم بالشهادة وعدم مفارقة مجلس الحاكم.

– اختلاف الفقهاء في تلقين الحاكم للشهود الرجوع عن الشهادة على قولين، رجح البحث أن للحاكم تلقين الشاهد الرجوع عن شهادته في هذا الحد.

– اختلاف الفقهاء في رجوع المزكين للشهود عن تزكيتهم هل يضمنون شيئا، على قولين، رجّح البحث وجوب الضمان على المزكين الذين رجعوا عن تزكيتهم للشهود.

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وأصحابه أجمعين صلاة وسلاماً متلازمين إلى يوم الدين.

وبعد:

فقد أمر الله بالعدل وحرم الجور والظلم وشرع من الأحكام ما يحقق ذلك فعندما تكون هناك اختلافات أو منازعات يصار إلى القضاء فكان القضاء ولا يزال خير حافظ للحقوق ورادّاً للمظالم إلى أهلها. وكانت الشهادة دليلاً قاطعاً، وحجة بالغة في إصدار الأحكام القضائية، وفقدها يترتب عليه إضاعة الحقوق، وكذلك الرجوع عنها بعد أدائها كلياً أو جزئياً تترتب عليه أضرار كثيرة ، منها: ما يعود على الراجع عن الشهادة، ومنها: ما يعود على غيره.

فكان موضوع هذا البحث (أحكام الرجوع في الشهادة) .

أولاً: موضوع البحث:

يدور هذا البحث حول الشهادة كأحد أدلة الإثبات، وحكم الرجوع فيها من قبل الشهود سواء كان ذلك الرجوع قبل إصدار القاضي حكمه، أو بعد إصدار الحكم، ولكن قبل التنفيذ لذلك الحكم أو كان رجوع الشهود عن شهادتهم بعد إصدار القاضي لحكمه، وتنفيذ ذلك الحكم إلى جانب الحديث عن رجوع بعض الشهود عن شهادتهم وبقاء الآخرين على تلك الشهادة واستمرارهم عليها وتبعاً لذلك يعرض البحث إلى مسألة ذات صلة وثيقة بهذا الموضوع، ألا وهي: رجوع المزكين في تزكيتهم للشهود،

ثم يدلف البحث للحديث عن الضمان المترتب على رجوع الشهود عن شهادتهم أو رجوع المزكين لهؤلاء للشهود وعلى من يكون هذا الضمان؟

ثانياً: أهمية البحث وأسباب اختياره:

تتجلى أهمية هذا البحث وأسباب اختياره في الأمور الآتية:

١- كون الشهادة من أقوى طرق الإثبات المجمع عليها لدى الفقهاء.

٢- أن الرجوع عن الشهادة له أثره الكبير في إصدار الحكم من عدمه.

٣- تنوع آثار الرجوع في الشهادة وتبعاته قبل الحكم، أو بعد الحكم، كذلك وقبل التنفيذ، أو بعد الحكم والتنفيذ ولكل أثره وتوابعه.

٤- الآثار المترتبة على رجوع بعض الشهود عن شهادتهم ـ في أي من الحالات السابقة ـ مع بقاء الشهود الآخرين على الشهادة.

٥- كذلك الآثار المترتبة على رجوع المزكين عن تزكيتهم للشهود.

٦- ما يترتب على الرجوع عن الشهادة من الإتلاف الذي يستوجب الضمان كما نص عليه الفقهاء.

لهذه الأسباب رأيت أن الكتابة في هذا الموضوع من الأهمية بمكان.

ثالثا: الدراسات السابقة:

الشهادة من أقوى طرق الإثبات ولذا فإنه لا يكاد يخلو كتاب من كتب الفقه التي تحدثت عن المعاملات من الحديث عنها إلا أنني لم أقف ـ وحسب اطلاعي ـ على بحث خاص بأحكام الرجوع عن الشهادة. غير أن ما اطلعت عليه مسائل من هذا الباب مدرجة مع غيرها وكل مصنف يعرض من المسائل ما يراه مناسباً لمؤلفه. فمعظم الأبحاث التي اطلعت عليها تتكلم عن الشهادة بصفة عامة وربما عرض بعضها لشيء من مسائل

الرجوع في الشهادة ومن ذلك: رسالة الدكتوراه الموسومة بـ (أحكام الشهادة في الفقه الإسلامي) للدكتور محمد عثمان جامعة أم القرى عام ١٣٩٨هـ، وكذلك رسالة ماجستير للباحث أيمن الحربي بعنوان (موانع الشهادة في الفقه الإسلامي) جامعة أم القرى عام ١٤٢٢هـ. وهذه الدراسات قد عرضت لشيء من أحكام الرجوع في الشهادة على خلاف بينها من حيث الطول والإيجاز.

غير أني وقفت على بحث شمل جميع أنواع الرجوع في القضاء ومن ذلك الشهادة لفضيلة الشيخ أ.د بندر بن فهد السويلم عنوانه: الرجوع وأحكامه في مجال القضاء ـ رسالة دكتوراه ـ وقد عرض الباحث لعدد من مسائل الرجوع في الشهادة إلا أنني اختلف معه ومع البحوث التي سبق ذكرها في جانب الجمع وجانب العرض للمسائل المطروحة محل البحث كذلك في جوانب الاستدلال التي لم ترد في تلك المراجع إضافة إلى جوانب الترجيح في الخلافات الواردة في بعض مسائل هذا البحث مع الحرص على التركيز في موضوع البحث وترك الاستطراد فيما لا علاقة له بموضوع البحث.

وكما سبق فإن كل من كتب في طرق الإثبات والبينات القضائية قد تعرض للكتابة في موضوع الشهادة باعتبارها إحدى وسائل الإثبات، لكنني وكما قلت لم أجد من أفرد: أحكام الرجوع عن الشهادة في كتاب مستقل يجمع متفرقه ويلم شتاته ليسهل الوصول إليه والانتفاع به.

رابعاً: مشكلة البحث وتساؤلاته:

تتمثل مشكلة البحث حول: معنى الشهادة، ومعنى: الرجوع، وبيان: الإجماع على حجية الشهادة كأحد طرق الإثبات المتفق عليها. ثم بيان حكم رجوع الشهود عن

شهادتهم سواء كان قبل إصدار القاضي لحكمه، أو بعد إصدار الحكم ولكن قبل تنفيذ هذا الحكم أو بعد إصدار الحكم وتنفيذه وكذلك رجوع بعض الشهود عن شهادتهم وبقاء بقية الشهود على هذه الشهادة، واستمرارهم عليها، كذلك رجوع المزكين لهؤلاء الشهود عن تزكيتهم إياهم وما يترتب على ذلك وكذا الضمان الذي يترتب على رجوع الشهود أو من يزكيهم.

ويمكن صياغة تلك المشكلة في التساؤلات الآتية:

١- ما معنى الشهادة؟

٢- ما المفهوم الدقيق للرجوع ؟

٣- ما حكم رجوع الشهود عن شهادتهم إذا كان قبل إصدار القاضي لحكمه؟

٤- وماذا عن رجوع الشهود عن شهادتهم إذا كان ذلك الرجوع بعد إصدار القاضي لحكمه؟

٥- وإذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد إصدار القاضي لحكمه ونفذ هذا الحكم فما العمل؟

٦- ما حكم رجوع بعض الشهود عن شهادتهم في هذه القضية مع بقاء الآخرين على هذه الشهادة؟

٧- إذا رجع المزكون لهؤلاء الشهود فما الحكم؟

٨- هل هناك شيء من الضمان يترتب على الشهود أو المزكين في حالة الرجوع ؟

خامساً: منهج البحث:

يستخدم البحث المنهج الوصفي الذي يهتم بتحليل مسألة الرجوع عن الشهادة؛ وذلك بتحديد مفهومها، وبيان أحوال هذا الرجوع، والأمور التي تترتب على ذلك،

وكذا رجوع بعض الشهود عن شهادتهم، ومثله رجوع المزكين لهؤلاء الشهود ناهيك عما يترتب من الضمان على رجوع الشهود، أو رجوع المزكين ويكون ذلك بتحرير محل النزاع إن احتيج لذلك ثم عرض أقوال الفقهاء ـ رحمهم الله ـ منسوبة لأصحابها ثم إيراد الأدلة وما يتبعها من مناقشات ثم الترجيح.

سادساً: إجراءات البحث:

١-مراجعة الدراسات والبحوث المرتبطة بموضوع البحث.

٢-مراجعة الكتب التي تناولت موضوع الدراسة.

٣-مراجعة الدوريات والمجلات التي تناولت موضوع الدراسة.

٤-إجراء مقابلات شفوية مع المتخصصين في الفقه الإسلامي؛ لمناقشة هذا الموضوع، وذلك بهدف الإفادة من خبراتهم في هذا المجال.

التمهيد

وفيه مطلبان

المطلب الأول: التعريف بمفردات موضوع البحث

وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الرجوع:

أولاً: تعريف الرجوع في اللغة:

الرجوع في اللغة مصدر للفعل رجع يرجع رجوعا، عاد يعود عودا عودا أي العود إلى ما كان منه البدء، أو تقدير البدء، مكانا كان أو فعلا أو قولا، وبذاته كان رجوعه، أو بجزء من أجزائه، أو بفعل من أفعاله، كأن يقول: شهدت زورا، أو شهدت خلاف الحقيقة ونحو ذلك، فالرجوع العود، والرجع الإعادة، والرجعة في الطلاق، وفي العود إلى الدنيا بعد الممات [(١)].

ثانياً: الرجوع عن الشهادة في الاصطلاح:

والرجوع عن الشهادة في اصطلاح الفقهاء: أن ينفي الشاهد ما أثبته أولا بشهادته بأن يقول: رجعت عما شهدت به، أو شهدت بزور فيما شهدت به ، أو كذبت في شهادتي، أو ما أشبه ذلك من الأقوال[(٢)] كأن يقول الشاهد: أبطلت شهادتي، أو فسختها

---

(١) الراغب الأصفهاني (المفردات في غريب القرآن) ص١٨٨ . ومحمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الشيرازي الفيروز أبادي (ت٨١٧هـ)(القاموس المحيط)ج٣ ص٢٨.

(٢) علي حيدر (درر الحكام شرح مجلة الأحكام) مجلد٤ ص٤٠٧ ، تعريب المحامي فهمي الحسيني، وعبدالله محمود بن مودود (الاختيار لتعليل المختار) ج١ ص١٥٣ . وعبد الله بن محمد بن سليمان المعروف بداماد زاده (مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر) ج٢ ص٢١٥ . وأحمد إبراهيم إبراهيم (موجز في المرافعات الشرعية) ص١٠١.

أو رددتها [٣].

ومن معنى العود قوله تعالى: ﴿ فَلَمَّا رَجَعُوٓاْ إِلَىٰٓ أَبِيهِمۡ ﴾يوسف: ٦٣، وقوله عزّ وجلّ﴿ وَلَمَّا رَجَعَ مُوسَىٰٓ إِلَىٰ قَوۡمِهِۦ ﴾الأعراف: ١٥٠ ، وقوله سبحانه: ﴿وَإِن قِيلَ لَكُمُ ٱرۡجِعُواْ فَٱرۡجِعُواْ ﴾ النور: ٢٨ فالرجوع هنا بمعنى العود إلى ما كان عليه بدءا، وعليه يتقرر أن رجوع الشاهد عن شهادته يعني: نفي ما أثبته بها سابقا، أما إنكار الشهادة أصلا فليس رجوعا ولا تترتب عليه الأحكام التي تترتب على الشهادة؛ لأن الرجوع عن الشيء إنما يكون بعد وجوده، والمنكر ينفي الوجود المتقدم [٤].

الفرع الثاني: تعريف الشهادة

أولاً: الشهادة في اللغة:

الشهادة مصدر للفعل شهد يشهد شهادة، أي علم يعلم علماً، أو حضر يحضر حضوراً، فمن الأول قوله تعالى: ﴿ شَهِدَ ٱللَّهُ أَنَّهُۥ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ ﴾آل عمران: ١٨.

ومن الثاني قوله تعالى: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهۡرَ فَلۡيَصُمۡهُ ﴾البقرة: ١٨٥، وتأتي بمعنى أثر وحكم، وبمعنى الخبر القاطع ، فيقال: شهدت الشيء اطلعت عليه وعاينته[٥]. فالشهادة اسم من المشاهدة، وهي الاطلاع على الشيء عيانا، يقال: شهدت الشيء اطلعت عليه وعاينته، وجمع الشاهد أشهاد وشهود[٦].

(٣) شهاب الدين أحمد القليوبي (ت١٠٦٩هـ) وشهاب الدين أحمد البرلسي (ت٩٥٧هـ) (حاشيتان على شرح جلال الدين المحلي ت ٨٦٤هـ على منهاج الطالبين للنووي ت٦٧٦هـ في فقه الشافعية) ج٤ ص٣٣٢ .

(٤) د/ عبدالله علي الركبان (النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود) ج٢ ص٤١.

(٥) الفيروزأبادي (القاموس المحيط) ج١ ص٣٠٥،. وعلي بن محمد بن علي السيد الزين الجرجاني (ت٨١٦هـ) (التعريفات) ص١١٤ ، وأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي (ت ٣٩٥هـ) (معجم مقاييس اللغة) ص٥٣٩ ، وجمال الدين محمد بن مكرم بن منظور (ت ٧١١هـ) (لسان العرب) ج٣ ص٢٣٩ ، والراغب الأصفهاني (المفردات في غريب القرآن) ص٢٦٧ .

(٦) أحمد بن محمد الفيومي (ت ٧٧٠هـ) (المصباح المنير) ص١٢٤.

ثانياً: الشهادة في الاصطلاح:

للشهادة في اصطلاح الفقهاء أكثر من تعريف؛ فقد تباينت ألفاظ الفقهاء في تعريفها تبعا لاختلافهم في الأحكام المتعلقة بها.

١-فعند الحنفية(٧) هي (إخبار، بحق للغير على الغير، بلفظ الشهادة، عند القاضي، عن مشاهدةٍ وعيان، لا عن ظن وحسبان) .

٢-وعند المالكية(٨) هي (إخبارُ عدلٍ، حاكماً، بما علم - ولو بأمرٍ عامٍ - ليحكم بمقتضاه).

٣-وعند الشافعية(٩) هي (إخبارُ حاكم - أو محكّم - عن شيء، بلفظ خاص) أي: على وجهٍ خاص، بأن تكون عند قاض مثلًا، وبلفظ: أشّهد.

٤-وعند الحنابلة(١٠) هي (إخبار شخصٍ بما علمه، بلفظ خاص، كشهدت، أو أشهد).

الترجيح:

والراجح من هذه التعريفات ما ذهب إليه المالكية، وهو قولهم: (إخبار عدل حاكماً، بما علم ـ ولو بأمر عام ـ ليحكم بمقتضاها) حيث لم يخصوها بلفظ أشهد كما ذهب إلى ذلك الحنفية والشافعية والحنابلة، وذلك لأن لفظ الشهادة يستعمل لمعان أخرى، كمجرد الإخبار أو الحضور مما لا علاقة له بالشاهدة في الأحكام الشرعية خاصة.

---

(٧) عبد الله بن محمد بن سليمان أفندي داماد المدعو شيخي زاده (ت١٠٧٨هـ) (مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر) ج٢ ص١٨٥ .

(٨) محمد بن أحمد عليش (ت١٢٩٩هـ) منح الجليل على مختصر خليل) ج٤ ص٢١٥ ، وبرهان الدين بن إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون(ت٧٩٩هـ) (تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام) ج١ص٢٠٥ .

(٩) أحمد بن أحمد القليوبي (ت١٠٦٩هـ) وأحمد البرلسي الملقب بعميره (ت٩٥٧هـ)(حاشية قليوبي وعميره) ج٤ ص٣١٨ ، وشمس الدين محمد بن شهاب الدين أحمد الرملي (ت١١٠٤هـ) (نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج) ج٨ ص١٣٥.

(١٠) البهوتي (كشاف القناع على متن الإقناع) ج٦ ص٤٠٤.

المطلب الثاني: حجية الشهادة

اتفق الفقهاء على أن الشهادة طريق من طرق الإثبات أمام القضاء، وحجة في إصدار الأحكام [11] واستدلوا بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول.

أما الكتاب فآيات كثيرة ومنها قوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ البقرة: ٢٨٢، وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓا۟ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ البقرة: ٢٨٢، وقوله تعالى أيضاً: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ الطلاق: ٢.

ووجه الدلالة من هذه الآيات: أن الله – تعالى – أمر بالإشهاد، والأمر دليل المشروعية؛ إذ لو لم يكن الإشهاد مشروعا لما أمر به.

وأما السنة فأحاديث كثيرة وردت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنها ما رواه مسلم عن الأشعث بن قيس (قال: كان بيني وبين رجل خصومة في بئر فاختصمنا إلى رسول الله ز فقال: شاهداك أو يمينه)[12].

ووجه الدلالة: أن الرسول صلى الله عليه وسلم طلب الشهادة صراحة فقال: (شاهداك أو يمينه) فعدّها حجة ودليلاً لفصل الخصومة، وحسم النزاع، إذ لو لم تكن معتبرة لما طلبها الرسول صلى الله عليه وسلم، فطلبه إياها دليل اعتبارها.

وأما الإجماع: فقد نقلت إلينا كتب الفقه – وبشكل مستفيض – العمل بالشهادة كدليل للقاضي يعتمد عليه في إصدار أحكامه[13].

(١١) الكاساني (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) ج٦ ص٢٨٢ .

(١٢) رواه البخاري (ج٢/ص٨٨٩) ومسلم (٨٦/١).

(١٣) الكاساني (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) ج٦ ص٢٦٦ . ابن فرحون (تبصرة الحكام) ج١ ص٢٠١. والحطاب (مواهب الجليل شرح مختصر خليل) ج٦ ص١٥١. ومحمد عليش (منح الجليل على مختصر خليل) ج٤ ص٢١٥. الشربيني الخطيب (مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج) ج٤ ص٤٢٦ ، والبهوتي (كشاف القناع عن متن الإقناع) ج٦ ص٤٠٤ ،.

وأما المعقول: فإن عدم الأخذ بالشهادة يترتب عليه: إضاعة الحقوق، فشرع الله الشهادة؛ لحفظ الحقوق لأصحابها(١٤).

وقد جعل الشارع الشهادات تتفاوت فيما بينها في عدد الشهود وفي جنسهم: فبعض الحالات تحتاج في الإثبات أمام القضاء إلى شهادة أربعة رجال ولا يصح بأقل من ذلك كحد الزنا. وبعضها يحتاج إلى شهادة رجلين، كالشهادة في الدماء والسرقة ونحوها. وبعضها يكتفى فيه برجل وامرأتين أو شاهد ويمينه، وذلك في المال وما يؤول إليه كالبيع والرهن ونحو ذلك. وبعضها لا يكتفى فيه بأقل من أربع نساء، وذلك فيما لا يطلع عليه إلا النساء غالبا كالولادة والبكارة وما إلى ذلك مما يختص به النساء، وعند مالك: يكفي فيه اثنتان من النساء؛ لأن المعتبر في باب الشهادة شيئان، (العدد والذكورة)، وقد تعذر اعتبار الذكورة؛ لعدم الاطلاع فيبقى العدد معتبرا على حاله. وقال أبو حنيفة: يكفي امرأة واحدة، والاثنتين أحوط(١٥).

المبحث الأول: الأصل في الرجوع عن الشهادة ومكانه وشروط صحته

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الأصل في الرجوع عن الشهادة

الأصل في الرجوع عن الشهادة قول عمر رضي الله عنه في كتابه الشهير الذي بعث

---

(١٤) الكاساني (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) ج٦ ص٢٦٦ . السرخسي (المبسوط) ج١٦ ص١١١ . القرافي (الفروق) ج٤ ص٣٤ . ومحمد الشربيني الخطيب (ت ٩٩٧هـ) (مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج) ج٤ ص٤٢٦ .منصور بن يونس البهوتي (ت ١٠٥١هـ) (كشاف القناع عن متن الإقناع) ج٦ ص٤٠٤ طبعة الرياض . وعبدالله حجازي (ت ١٢٢٦هـ) (حاشية الشرقاوي على التحرير) ج٢ ص٤٤٠ .

(١٥) محمد علاء الدين الحصكفي(ت١٠٨٨هـ) (شرح الدر المختار) ج٢ ص٣٤٤ ،. وأبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت ٥٩٥هـ) (بداية المجتهد ونهاية المقتصد) ج٢ ص٥٠١ ،وابن فرحون (تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام) ج٢ ص٢٦٧ . الشيرازي (المهذب) ج٥ ص٦٢٧ ، والبهوتي (كشاف القناع) ج٦ ص٤٠٤ .

به إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه، وقد جاء فيه: (......لا يمنعك قضاء قضيته بالأمس، راجعت فيه نفسك، وهديت فيه لرشدك فإن مراجعة الحق خير من التمادي في الباطل.....)[١٦]. فكذلك الشاهد؛ لأن المعنى يجمعهما؛ لأن الرجوع عن الشهادة

(١٦) محمد بن خلف بن حيان (ت ٣٠٦هـ) (أخبار القضاة) ج١ ص٧٢،٧١ . قال الإمام الدارقطني في السنن (ج٤/ص٢٠٦): حدثنا أبو جعفر محمد بن سليمان بن محمد النعماني نا عبدالله بن عبدالصمد بن أبي خداش نا عيسى بن يونس نا عبيدالله بن أبي حميد عن أبي المليح الهذلي قال: كتب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذا أدلي إليك بحجة وأنفذ الحق إذا وضح فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له وآس بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك حتى لا ييأس الضعيف من عدلك ولا يطمع الشريف في حيفك البينة على من ادعى واليمين على من أنكر والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً لا يمنعك قضاء قضيته بالأمس راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق فإن الحق قديم ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك مما لم يبلغك في الكتاب أو السنة اعرف الأمثال والأشباه ثم قس الأمور عند ذلك فاعمد إلى أحبها عند الله وأشبهها بالحق فيما ترى وأجعل لمن ادعى بينة أمداً ينتهي إليه فإن أحضر بينة أخذ بحقه وإلا وجهت القضاء عليه فإن ذلك أجلى للعمى وأبلغ في العذر، المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلود في حد أو مجرب في شهادة زور أو ظنين في ولاء أو قرابة، إن الله تولى منكم السرائر ودرأ عنكم بالبينات وإياك والقلق والضجر والتأذي بالناس والتنكر للخصوم في مواطن الحق التي يوجب الله بها الأجر ويحسن بها الذخر فإنه من يصلح نيته فيما بينه وبين الله ولو على نفسه يكفه الله ما بينه وبين الناس ومن تزين للناس بما يعلم الله منه غير ذلك يشنه الله فما ظنك بثواب غير الله عز وجل في عاجل رزقه وخزائن رحمته والسلام عليك. ورواه البيهقي في سننه الكبرى (ج١٠/ص١١٥). وقال الحافظ في التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير (ج٤/ص٤٧٣). حديث عمر: «أنه كتب إلى أبي موسى: لا تدعن قضاء قضيته، ثم راجعت فيه نفسك، فهديت لرشدك أن تنقضه، فإن الحق قديم لا ينقضه شيء، والرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل، رواه الدارقطني والبيهقي من حديث عمر أتم منه، وساقه ابن حزم من طريقين، وأعلهما بالانقطاع، لكن اختلاف المخرج فيهما، مما يقوي أصل الرسالة، لاسيما وفي بعض طرقه أن راويه أخرج الرسالة مكتوبة، وقال في البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير (ج٩/ص٦٠٥): هذا الأثر رواه الدارقطني والبيهقي في «سننه» وهو كتاب معروف مشهور لا بد للفقهاء من معرفته والعمل به. وأعله ابن حزم في المحلى (ج١/ص٥٩) فقال: وهذه رسالة لم يروها إلا عبدالملك بن الوليد بن معدان، عن أبيه وهو ساقط بلا خلاف وأبوه أسقط منه أو هو مثله في السقوط. وإعلال ابن حزم ليس في مكانه لأن راويه عند البيهقي أخرج الرسالة مكتوبة ففي سننه الكبرى (ج١٠/ص١١٥) قال: حدثنا أبو طاهر الفقيه إملاء وقراءة أنبأ أبو حامد بن بلال ثنا يحيى بن الربيع المكي ثنا سفيان عن إدريس الأودي قال أخرج إلينا سعيد بن أبي بردة كتاباً فقال: هذا كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى رضي الله عنه فذكر الحديث. والأثر أخرجه وكيع في أخبار القضاة (١/ ٧٠، ٢٨٣) وابن حزم في «الإحكام في أصول الأحكام» (١٤٦/٧) والخطيب في «الفقيه والمتفقه» (٢٠٠/٢) وابن عبدالبر في «الاستذكار» (٣٠/٢٢) من طرق عن سفيان بن عيينة عن إدريس الأودي قال :أخرج إلينا سعيد بن أبي بردة كتاباً، فقال: «هذا كتاب عمر إلى أبي موسى» قال الألباني في «الإرواء» (٢٤١/١٨): قوله «هذا كتاب عمر» وجادة، وهي وجادة صحيحة من أصح الوجادات، وهي حجة. وصححه أحمد شاكر في تعليقه على «المحلى» (٦٠/١)، وقواه شيخ الإسلام في «منهاج السنة» (٧١/٦). وله طرق أخرى ذكرها الألباني وتكلم عليها. وشرحه ابن القيم في «إعلام الموقعين» (٨٦/١ إلى ١٦٥/٢).

الباطلة: رجوع من الباطل إلى الحق(١٧).

المطلب الثاني: مكان الرجوع عن الشهادة

ذكر الفقهاء رحمهم الله تعالى أن الشهادة لا تكون إلا في مجلس القضاء وعليه فلا يكون الرجوع عن الشهادة معتبراً إلا إذا كان في مجلس القضاء أيضاً ومن عبارات الفقهاء ـ رحمهم الله تعالى ـ في ذلك:

قالوا: (والرجوع عن الشهادة لا يصح إلا عند قاض، سواء كان هو القاضي الأول أو غيره، لأن الشهادة تختص بمجلسه،فيختص الرجوع بما تختص به الشهادة وهو مجلس القاضي)(١٨)، وقد جاء في المادة (١٦٨٧) من مجلة الأحكام العدلية (لا تعتبر الشهادة التي تقع في خارج مجلس المحاكمة)(١٩)، لأنه من شرط الرجوع أن يكون في مجلس القاضي(٢٠).

المطلب الثالث: شرط صحة الرجوع عن الشهادة

ويشترط لصحة الرجوع عن الشهادة، كون الرجوع في مجلس القضاء، سواء كان الرجوع عن الشهادة عند القاضي الذي سمع الشهادة أولاً، أو كان الرجوع عند

(١٧) عبد الله بن محمود بن مودود (ت ٦٨٣هـ) الإختيار لتعليل المختار) ج٢ ص١٥٣ . محمد عرفة (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير) ج٤ ص٢٠٧. أبو إسحاق الشيرازي (المهذب) ج٥ ص٦٦٣ وما بعدها تحقيق الزحيلي. وابن قدامة (المغني) ج١٠ ص٣١٧. والحجاوي (الإقناع لطالب الانتفاع) ج٤ ص٥٢٨.

(١٨) داماد أفندي (مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر) ج٢ ص٢١٥ . وينظر: ابن الهمام (شرح فتح القدير) ج٤ ص١٧٧. والشيرازي (المهذب) ج٤ ص٣٥٩. والخطيب الشربيني (مغني المحتاج إلى معاني ألفاظ المهاج) ج٤ ص٤٦٠. وابن قدامة (المغني) ج١٠ ص٣١٧. والمرداوي (الإنصاف) ج١٢ ص١٠١.

(١٩) علي حيدر (درر الحكام شرح مجلة الأحكام) ج١٤ ص٣٢٠.

(٢٠) المرجع السابق : انظر المادة (١٧٣١) . والكاساني (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) ج٢ ص٢٨٥ .

قاضٍ آخر، فلو كان الرجوع في غير مجلس القضاء لم يصح ولم تترتب عليه أحكام الرجوع في الشهادة[٢١].

وإنما اشترط لصحة الرجوع عن الشهادة كونه في مجلس القضاء لأمرين:

الأول: إن الرجوع عن الشهادة فسخ لها.

الثاني: إن الرجوع عن الشهادة، يعني توبة عن شهادة الزور، وقد كانت شهادة الزور المرجوع عنها علانية بمجلس القضاء، فلتكن التوبة علانية كذلك بمجلس القضاء، لأن التوبة على حسب الجناية، فالسر بالسر، والعلانية بالعلانية [٢٢].

المبحث الثاني: أحوال الرجوع عن الشهادة

وفيه تمهيد وثلاثة مطالب:

التمهيد:

تتنوع أحوال الرجوع عن الشهادة كذلك يتنوع المشهود عليه وفي كل حال يختلف الحكم حسب كل واقعة منها. فالرجوع عن الشهادة إما أن يكون من قبل جميع الشهود، أو من بعضهم، والشهادة التي رجعوا عنها إما أن تكون في مال، أو في غير مال كحد وقصاص. وفي الجميع إما أن يكون الرجوع قبل الحكم، أو بعد الحكم، وفي حالة ما إذا كان الرجوع بعد الحكم، فهو أيضا إما أن يكون قبل التنفيذ أو بعده، ولكل

(٢١) عبدالله بن محمود (الاختيار لتعليل المختار) ج٢ ص١٥٣، وعبدالله بن محمد سليمان المعروف بداماد أفندي (مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر) ج٢ ص٢١٥.

(٢٢) الكاساني (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) ج٧ ص٢٨٣. وابن مودود (الاختيار لتعليل المختار) ج٢ ص١٥٣. وابن عرفة (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير) ج٤ ص٢٠٨. والشيرازي (المهذب) ج٢ ص٣٢١. والمرداوي (الإنصاف) ج١٢ ص١٠١، وابن النجار (منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح والزيادات) ج٢ ص٤٦٧.

حكم يخصه، وفيما يلي بيان لذلك:

المطلب الأول : الرجوع عن الشهادة قبل صدور الحكم

من المعلوم أن الشهادة إنما تكون عند عدم الإقرار والاعتراف من المدعى عليه بما ادعي به عليه، وهي شرط حكم القاضي، وعليه فإذا رجع الشهود قبل حكم القاضي، فإنه ـ والحالة هذه ـ لم يجز للقاضي اعتبار شهادتهم دليلا يحكم بمقتضاه، حيث يرى الفقهاء أن الشهادة شرط الحكم، وبالرجوع لم تتحقق الشهادة، وعليه فقد انتفى الحكم(٢٣).

ونظرا لأن رجوع الشاهد عن شهادته وعدم حكم القاضي بشهادته التي رجع عنها، وأن الشهادة لم يترتب عليها ضياع حق حيث لم يحكم بها فإنه يعاقب الشهود بالتعزير والتشهير، ولا ضمان عليهم في هذه الحالة، لأنه لم يُتلف شيء على أحد برجوعهم، والضمان إنما يكون عند حصول إتلاف(٢٤).

هذا إذا لم تكن الشهادة على شخص بالزنا أما إذا كانت الشهادة على شخص بالزنا فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول يرى أن الراجع أو الراجعين عن الشهادة يحد كل واحد منهم حد القذف، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، من الحنفية والمالكية والشافعية، وهو

---

(٢٣) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (ت٤٥٦هـ) (المحلى) ج٩ ص٤٢٩ مسألة رقم ١٧٩٧. والكاساني (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) ج٦ ص٢٨٣. وعبدالله بن محمد سليمان (مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر) ج٢ ص٢١٥. ومحمد بن أحمد بن جزي الكلبي (ت ٧٤١هـ) (القوانين الفقهية) ص٣١٣ وما بعدها. والشيرازي (المهذب) ج٥ ص ٦٥٩. وأبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ) (منهاج الطالبين وعليه حاشيتي قليوبي وعميره) ج٤ ص٣٣٢. والرملي (نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج) ج٨ ص١٥٣. وابن قدامة (المغني) ج١٢ ص٣٦٩.

(٢٤) عبد الله بن مودود (الاختيار لتعليل المختار) ج٢ ص١٥٣. وعلي حيدر (درر الحكام شرح مجلة الأحكام) ج١٤ ص٤٠٦ ـ ٤٠٧. وابن جزي الكلبي (القوانين الفقهية) ص٣١٣. والشافعي (الأم) ج٧ ص٢٩. والشيرازي (المهذب) ج٥ ص٦٥٩. وابن قدامة (المغني) ج١٢ ص٣٦٩.

إحدى الروايتين عند الإمام أحمد لأن كلام الشهود في هذه الحالة يعتبر قذفا لا شهادة وهذا يوجب الحد [٢٥].

القول الثاني رواية في مذهب الإمام أحمد أنهم لا يحدون ، لأنهم برجوعهم تائبون، والتائب لا يستحق العقوبة، ولأن في درء الحد عن الراجع في شهادته تمكين له من الرجوع الذي تحصل به مصلحة المشهود عليه، وفي إيجاب الحد على الشهود زجر لهم عن ذلك خوفا من الحد، فتفوت مصلحة المشهود عليه [٢٦].

الترجيح:

والذي أرجحه ما جاء في الرواية الثانية للإمام أحمد بن حنبل، وهو أنه لا حد على من رجع في شهادته، لأن الشهود برجوعهم لم يفوتوا حقا لأحد، إذ حد الزنا حق خالص لله تعالى، وحقوق الله مبنية على المسامحة، وفي رجوعهم حماية للمشهود عليه عن الحد وستر عليه، لأن العار وإن كان قد لحقه بشهادتهم، إلا أنه أشد لحوقا به بعد إقامة الحد عليه، إذ بها يقطع بصدق الشهود. ناهيك أنهم إذا علموا أنه سيقام عليهم حد القذف إذا رجعوا فقد لا يرجعون خوفاً من إقامة حد القذف عليهم.

المطلب الثاني : الرجوع عن الشهادة بعد صدور الحكم وقبل التنفيذ

إذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد صدور الحكم من القاضي وقبل التنفيذ، فلا تخلو الشهادة إما أن تكون على حد أو قصاص، وإما أن تكون على غير ذلك، كأن تكون على مال مثلاً:

(٢٥) الكاساني (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) ج٦ ص٢٨٨،٢٨٩ . وأبي البركات أحمد الدردير (الشرح الكبير على مختصر خليل) ج٤ ص٤٠٨ . والشيرازي (المهذب) ج٥ ص٦٢٥ والرملي (نهاية المحتاج شرح المنهاج) ج٨ ص١٥٣ . وابن قدامة (المغني) ج١٢ ص٣٦٩.

(٢٦) ابن قدامة (المغني)ج١٢ ص٣٦٩ .

أولاً: إذا كان الرجوع عن الشهادة في الحدود والقصاص:

إذا كان رجوع الشهود عن شهادتهم في حد أو قصاص، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: لا يجوز تنفيذ الحكم ويجب نقضه وبهذا قال عامة الفقهاء[٢٧] معللين ذلك بأن الرجوع شبهة قوية، والحدود لا تثبت بدليل فيه شبهة، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: (ادرءوا الحدود بالشبهات)[٢٨]، والشبهة هنا جاءت في الرجوع عن الشهادة.

القول الثاني: أنه إذا كانت الشهادة في دم فلا ينقض الحكم ويستوفى الدم. وهذا القول هو الذي مشى عليه الإمام خليل ـ من المالكية ـ قياساً على المال إذا رجع الشهود به بعد الحكم وقبل التنفيذ[٢٩].

وللشافعية والحنابلة قول بالاستيفاء إن كان الحد لآدمي لأنه لو طرأ فسق على الشهود بعد أداء الشهادة لاستوفى ولم يترك[٣٠].

المناقشة:

يعترض على القول الثاني بأن القياس على المال لا يصح، لأن المال يمكن جبره

(٢٧) الكاساني (بدائع الصنائع) ج٦ ص٢٨٨ .محمد بن عرفة (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير) ج٤ ص٢٠٦ ، وأبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي(ت٤٧٦هـ) (المهذب)ج٥ ص٦٦٠ تحقيق الدكتور محمد الزحيلي، والنووي (منهاج الطالبين) ج٤ ص٣٣٢ . وابن قدامة (المغني) ج١٠ ص٣٠٩ .

(٢٨) أخرجه الترمذي، من حديث عائشة (١٤٢٤) والحاكم (٣٨٤/٤) والبيهقي (٣٣٨/٨) وفيه: يزيد بن زياد الشامي، وفيه ضعف، وقد جاء أيضاً من حديث أبي هريرة: أخرجه ابن ماجه (٢٥٤٥) وفيه: إبراهيم بن الفضل المخزومي ، وهو متروك، وجاء موقوفاً على عمر.رضي الله عنه.أخرجه ابن أبي شيبة (٥٦٦/٩) وصحح إسناده الحافظ في التلخيص (٦٥/٤) والحديث ضعّفه الألباني.

(٢٩) التاج والإكليل ٢٠٠/٦، وشرح ميارة ٦٧/١، والفواكه الدواني ٣١٠/٢، وبلغة السالك ٣٤٢/٢، وحاشية الدسوقي ٢٠٧/٤، وحاشية العدوي على الخرشي ٢٢٠/٧، وجواهر الإكليل ٢٤٥/٢.

(٣٠) الوجيز ٢٥٨/٢، والمبدع ٢٧٤/١٠، والإنصاف ٩٩/١٢.

بإيجاب عوضه على الشهود بخلاف الدم فإنه لا سبيل لجبره بإلزام الشهود مثله إذ أن مشروعية القصاص للتشفي والانتقام لا الجبر، ففارق الدم المال فلا يصح القياس عليه(٣١).

وأما إذا طرأ الفسق بعد الشهادة فإنه لا يحقق كون الشهادة كذباً ولا كون الشاهد فاسقاً عند الأداء أو الحكم بها، ولذا لو حصل له الفسق بعد الاستيفاء لم يلزمه شيء، بخلاف الرجوع فإنه شبهة قوية وأعظم من حدوث الفسق لأن الشاهد يعترف أن شهادته وقعت كاذبة وأنه كان على حال لا تقبل فيه الشهادة منه لفسقه(٣٢).

القول المختار:

بعد تأمل أقوال أهل العلم في هذه المسألة وما علل به أصحاب كل رأي يظهر أن القول بنقض الحكم وعدم الاستيفاء أولى بالترجيح لما ورد على مستند المخالفين من اعتراضات، ولسلامة تعليل هذا القول، والعلم عند الله.

أما الشهود في حد القذف بعد رجوعهم فيجب إقامة الحد عليهم؛ لأن شهادتهم قد اعتبرت قذفا منهم بالرجوع عنها، فيقام عليهم حد القذف(٣٣).

ثانياً: الرجوع عن الشهادة في المال:

إذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد الحكم وقبل التنفيذ، وكان المشهود به مالا أو حقا من الحقوق التي لا تدرأ بالشبهات، فقد اختلف الفقهاء ـ رحمهم الله ـ في ذلك على قولين:

(٣١) المغني ٢٤٦/٩، والمبدع ٢٧٣/١٠، وحاشية المقنع ٣٥٥/٤.
(٣٢) المغني ٢٤٦/٩، والشرح الكبير لأبي الفرج ٢٩٩/٦.
(٣٣) الكاساني (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)ج٦ ص٢٨٨ . ومحمد عرفة (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٢ ص٣١٨ . ومحمد بن محمد بن أحمد الشربيني الخطيب (ت٩٧٧هـ)(مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج) ج٤ ص٤٥٦. وأبو النجا (الإقناع لطالب الانتفاع) ج٤ ص٥٢٨ .

القول الأول: يرى جمهور الفقهاء أن الحكم باق ولا ينقض برجوع الشهود عن شهادتهم، ويضمن الشهود المحكوم به وهو المال الذي تلف بشهادتهم ، ويثبت الحق للمشهود له مالا كان أو غير مال. لأن حقه وجب بحجة مستوفية لجميع الشرائط ، فلا يزول حقه إلا ببينة، ولأن الحكم إذا وقع لا يجوز نقضه إلا بدليل قاطع ، وليس ثمة ما يقطع بكذب الشاهد في الشهادة الأولى، لجواز كونه كاذبا في الرجوع ، وقد عمل القاضي بما يجب عليه عند أداء الشهادة، وحين أقر بالكذب لم يوثق بخبره [٣٤].

القول الثاني: ذهب بعض الفقهاء من الشافعية وأهل الظاهر إلى نقض الحكم بالرجوع عن الشهادة، لأن الحق ثبت بشهادة الشهود، وبرجوعهم زال السبب المثبت للحق؛ ولأن الشاهد لو قامت عليه بينة عادلة شهدت بجرحه وأنه غير مقبول الشهادة لوجب رد شهادته، ونقض الحكم المترتب عليها، وإقراره على نفسه بالكذب أو الخطأ أقوى من شهادة الشهود عليه، فوجب الحكم برد شهادته من باب أولى [٣٥].

الراجح:

والذي ترجح عندي ما ذهب إليه الجمهور من عدم نقض حكم القاضي، وذلك لعدة أمور:

١-أنّ الشهود في رجوعهم متهمون في حق المشهود له؛ لجواز أن يكون - المشهود عليه - قد هددهم أو رشاهم أو حملهم على الرجوع عن شهادتهم لأمر ما.

٢-ولأن القضاء بالشهادة هو الأصل الذي يبني عليه القاضي حكمه وما يبنى على

(٣٤) الكاساني (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) ج٦ ص٢٨٨. وداماد أفندي (مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر) ج٢ ص٢١٥. علي حيدر (درر الحكام شرح مجلة الأحكام) ج١٤ ص٤٠٨. وابن عرفة (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير): ج٤ ص٤٥٦. والشيرازي (المهذب) ج٥ ص٦٦٠. والشربيني الخطيب (مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج) ج٤ ص٤٥٦. وابن قدامة (المغني) ج١٠ ص٣٠٩. وموسى بن أحمد أبو النجا الحجاوي (ت٩٦٨هـ) (الإقناع لطالب الانتفاع) ج٤ ص٥٢٨ . ود/عبدالله الركبان (النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود) ج٢ ص٤٥.

(٣٥) ابن حزم (المحلى) ج٩ ص٤٢٩ مسألة رقم ١٧٩٧ .والشيرازي (المهذب) ج٢ ص٣٥٩ .

الأصل فإنه ثابت كالأصل.

٣-أن نقض حكم القاضي بعد بنائه على شهادة الشهود فيه إغراء لضعفاء النفوس عندما يكون حكم القاضي ليس في صالحهم فيلجأون إلى الطرق الملتوية؛ لإقناع الشهود بالرجوع عن شهادتهم إما بالإغراء بالمال، أو التهديد لهم ونحو ذلك، ففي عدم نقض الحكم سداً لهذا الباب وقطعاً للطريق أمام العابثين وصيانة للأحكام وللأعمال القضائية بعامة وإغلاقاً لباب الفساد والإفساد.

وعليه فإن الشهود يضمنون المال للمشهود عليه؛ لأنهم تسببوا في إخراجه من يده، ولا يمكن الرجوع على المشهود له؛ لأنه استحق المال بحجة شرعية، ولا على القاضي؛ لأنه يجب عليه الحكم بمقتضى شهادتهم، ما دامت شروط الشهادة متحققة فيهم، فلم يبق إلا تضمين الشهود[٣٦].

ـ وكل موضع ـ وجب الضمان فيه على الشهود بسبب رجوعهم في شهادتهم، فإنه يوزع بينهم على عددهم بحيث لو رجع شاهد من عشرة غرم العشر، وتغرم المرأة كنصف ما يغرم الرجل[٣٧].

المطلب الثالث : الرجوع عن الشهادة بعد الحكم وبعد التنفيذ

إذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد حكم القاضي، وبعد الاستيفاء ـ أي تنفيذ الحكم ـ فهل ينقض حكم القاضي أولاً؟

(٣٦) ينظر المراجع السابقة كذلك عبدالله بن محمود (الاختيار لتعليل المختار) ج٢ ص١٥٣ .

(٣٧) عبد الله بن محمد بن سليمان (مجمع الأنهر) ج٢ ص٢١٥ وعلي حيدر (درر الحكام شرح مجلة الأحكام) ج٤ ص٤٠٧ وابن عرفة (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير) ج٤ ص٢٠٧ . والشربيني الخطيب (مغني المحتاج) ج٤ ص٤٥٧ . ابن حجر العسقلاني (فتح الباري بشرح صحيح البخاري) ج١٢ ص١٨٣ . الحجاوي (الإقناع لطالب الانتفاع) ج٤ ص٥٢٩ .

اختلف الفقهاء في ذلك، على قولين:

القول الأول: لا ينقض حكم القاضي برجوع الشهود عن شهادتهم بعد استيفاء الحكم، ويقتص من الشهود الراجعين ويضمنون المال، وبهذا قال مالك والشافعي وأحمد(٣٨).

واستدلوا لقولهم بما روي أن رجلين شهدا عند علي رضي الله عنه على رجل بالسرقة، فقطع علي – رضي الله عنه – يده، ثم أتياه برجل آخر وقالا: هذا هو السارق وأخطأنا على الأول، فأغرمهما دية يد الأول ولم يقبل شهادتهما على الثاني وقال: لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما(٣٩)، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد منهم، ولأنهم تسببوا في الإتلاف بما يفضي إليه غالبا؛ إذ القاضي ملزم بالحكم بمقتضى شهادتهم، ما دام أنها صدرت مستوفية شرائطها(٤٠).

القول الثاني: قال أبو حنيفة وصاحباه لا يقتص من الشهود وقد رجعوا عن شهادتهم بعد استيفاء الحكم، لكنهم يضمنون الدية والمال المسروق، لأنهم لم يباشروا الإتلاف، فأشبهوا حافر البئر إذا تلف به شيء، والقصاص يعتمد المساواة، ولا مساواة بين المباشرة والسبب، ويضمنون الدية والمال المسروق لأنهم أتلفوه على صاحبه وهذا القول جريا على القاعدة عند الحنفية بعدم اجتماع القطع والضمان على السارق، وعليهم حد القذف إن كانت الشهادة بزنا لأن كلام الشهود انقلب قذفا عند الرجوع، فيجب عليهم الحد(٤١).

---

(٣٨) أحمد الدردير (الشرح الكبير) ج٤ ص٢٠٧. والشربيني الخطيب (مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج) ج٤ ص والشيرازي (المهذب) ج٥ ص٦٦٠. ٤٥٧. والنووي (منهاج الطالبين) ج٤ ص٣٣٢. وابن قدامة (المغني) ج١٠ ص٣٠٩. والحجاوي (الإقناع لطالب الانتفاع) ج٤ ص٥٢٨.

(٣٩) رواه عبدالرزاق في مصنفه (٨٨/١٠) والدارقطني في سننه (١٨٢/٣) والبخاري في صحيحه تعليقاً (٢٥٢٦/٦) ووصله الحافظ في تغليق التعليق على صحيح البخاري (٢٥٠/٥) وإسناده صحيح.

(٤٠) الشربيني الخطيب (مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج) ج٤ ص٤٥٧. وابن قدامة (المغني) ج١٢ ص٣٦٩. والحجاوي (الإقناع لطالب الإنتفاع) ج٤ ص٥٢٨.

(٤١) أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت٤٩٠هـ) (المبسوط) ج١٦ ص١٠٨. والكاساني (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) ج٦ ص٢٨٨.

وقد نوقش ما استدل به أهل هذا الرأي بأن: القياس على حافر البئر غير مسلم؛ لأن حفر البئر يفضي إلى القتل غالبا، ثم إن اشتراط المساواة في القصاص غير دقيق، بدليل أنه لو اشترك اثنان في قتل واحد بأن ضربه الأول مائة ضربة، وضربه الثاني ضربة واحدة فمات المضروب اقتص من الضاربين معا مع عدم التساوي في الضرب منهما(٤٢).

الترجيح:

والراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول؛ لأن الشهود تسببوا في قتل المشهود. عليه إن كان قتلاً، أو قطعه إن كان قطعاً، والقاضي ملزم بالحكم بشهادتهم.

أما إن لم يترتب على شهادتهم إتلاف، فإن كانت شهادتهم بالزنا حُدُّوا حد القذف، لأن الرمي بالزنا يوجب حد القذف.

وإن كانت الشهادة على قذف أو شرب لمسكر عُزِّروا؛ بحسب ما يرى القاضي، وضَمِنوا إرش الضرب للمشهود عليه(٤٣).

المبحث الثالث

الرجوع الجزئي عن الشهادة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: رجوع بعض الشهود عن شهادتهم:

توطئة:

سبق الحديث في المبحث الثاني عن رجوع الشهود عن شهادتهم وقد تحدثت هناك عن أحوال هذا الرجوع والأحكام التي تتعلق بكل حالة منها. وفي هذا المبحث يكون

(٤٢) الكاساني (بدائع الصنائع) ج٦ ص٢٨٨ . والشافعي (الأم) ج٧ ص٤٩ .

(٤٣) الكاساني (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) ج٦ ص٢٨٨ ومحمد إدريس الشافعي (الأم) ج٧ ص٤٩ .

الحديث عن رجوع بعض الشهود عن شهادتهم في قضية ما، مع استمرار باقي شهود هذه القضية على شهادتهم.

وعندما تحدث الفقهاء رحمهم الله تعالى في مسألة رجوع بعض الشهود فقد فرقوا في الحكم بين القضايا المالية وغير المالية من جهة كما فرقوا في مسألة رجوع بعض الشهود بين أن يبقى بعد الرجوع ما يتم به نصاب الشهادة أو يبقى ما لا يتم به ذلك من جهة أخرى، ومن هنا سأتحدث في هذا الأمر ـ بإذن الله ـ وفق الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: رجوع بعض الشهود عن شهادتهم في الأمور المالية:

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: إذا كان رجوع بعض الشهود قبل الحكم:

إذا رجع بعض الشهود عن شهادتهم قبل الحكم، فلا اعتبار لشهادتهم، وليس للقاضي حق الحكم بها، وكأنها لم تقع، ولا ضمان على الراجع لعدم الإتلاف حيث أن القاضي لم يحكم.

وإنما على الشهود الراجعين التعزير والتشهير بما يراه الحاكم، وهذا في الشهادة على المال وما يؤول إلى المال من منافع [٤٤].

المسألة الثانية: رجوع بعض الشهود بعد الحكم وفيها فائدتان:

الفائدة الأولى: إذا كان نصاب الشهادة ينقض برجوع الشاهد.

إذا كان حكم القاضي في أمر مالي بشهادة شهود ثم رجع بعضهم بعد الحكم وكان الباقي بعد الرجوع لا يفي بنصاب الشهادة كأن يكون قد شهد عليه اثنان ثم رجع

(٤٤) الكاساني (بدائع الصنائع) ج٦ ص٢٨٨ . والزيلعي (تبين الحقائق شرح كنز الدقائق) ج٣ ص١٩٢. وعبدالله بن محمد بن سليمان (مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر) ج٢ ص٢١٥. وابن عرفة (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير) ج٤ ص٢٠٧. وابن جزي الكلبي (القوانين الفقهية) ص٣١٣. والشيرازي (المهذب) ج٥ ص٦٦٣. وابن قدامة (المغني) ج١٢ ص٣٦٩.

أحدهما أو شهد ثلاثة ورجع اثنان فعلى من يكون الضمان.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: يضمن الراجعان بقسطهما من المال سواء كان نصفه أو ثلثه حسب عدد الشهود وعدد الراجعين. وهو قول عند الشافعية والحنابلة [٤٥].

القول الثاني: أن الراجع يضمن الحق واحداً أو أكثر. وإلى هذا ذهب الحنفية والمالكية وهو قول عند الشافعية [٤٦].

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول بدليل عقلي فقالوا: إن شرط البينة تمام نصابها فإذا نقض عدد الشهود زال حكم الشهادة وتعلق التغريم بالإتلاف والإتلاف حاصل من الراجعين عن الشهادة برجوعهما على حد سواء [٤٧].

واستدل أصحاب القول الثاني بدليل عقلي أيضاً فقالوا إنه قد بقي من الشهود من يثبت بشهادته نصف الحق لأن العبرة ببقاء من بقي لا برجوع من رجع فيتحملون الضمان بالسوية ولا وجه لتضمين أحدهما وترك الآخر [٤٨].

ونوقش هذا الدليل بأن قولهم: العبرة ببقاء من بقي لا برجوع من رجع بأنه أمر غير مسلم؛ لأنه لو كان الأمر كذلك لأدى إلى مفسدة كبيرة هي تكاثر الناس على أداء الشهادة ثم الرجوع عنها ولذا فالأولى أن تكون العبرة برجوع من رجع لا ببقاء من بقي [٤٩].

---

(٤٥) الشربني (مغني المحتاج) ٤/٤٥٩. والرملي (نهاية المحتاج) ٨/٣١٢. وابن قدامة (الكافي) ٤/٥٦٢.

(٤٦) الزيلعي (تبيين الحقائق) ٤/٢٤٦. ابن الهمام (فتح القدير) ٦/٥٤١. وشرح الخرشي ٧/٣٣٨ والدردير (الشرح الكبير) ٤/٢١٨. والشيرازي (المهذب) ٢/٢٤٣. والشربيني (مغني المحتاج) ٤/٤٥٩.

(٤٧) الشربيني (مغني المحتاج) ٤/٤٥٩.

(٤٨) الزيلعي (تبيين الحقائق) ٤/٢٤٦. وشرح الخرشي ٧/٢٢٨. والشيرازي (المهذب) ٢/٣٤٣.

(٤٩) أ.د بندر السويلم، الرجوع وأحكامه في مجال القضاء ص٢٢٩.

الترجيح:

لعل الراجح والله أعلم بالصواب القول الأول لقوة ما استدل به أصحابه وضعف ما استدل به أصحاب القول الثاني لورد المناقشة عليه.

الفائدة الثانية: إذا كان نصاب الشهادة لا ينقص برجوع شاهد أو أكثر.

من المعلوم شرعاً أن الأمور المالية تثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وتثبت بشهادة رجل ويمين المدعي، فلو شهد في قضية مالية ثلاثة رجال مثلاً ثم رجع أحد هؤلاء الشهود الثلاثة عن شهادته فهل يلحقه ضمان لرجوعه؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الشاهد الذي رجع يضمن قسطه من نصاب الشهادة وهذا قول عند الشافعية ووجه عند الحنابلة[٥٠].

القول الثاني: أن الشاهد لا يضمن شيئاً وإلى هذا ذهب فقهاء الحنفية والمالكية وهو مذهب الشافعية والوجه الآخر عند الحنابلة[٥١].

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول بدليل عقلي حيث قالوا: إن الحق قد ثبت بشهادة الجميع فالحاكم أصدر حكمه بناء على شهادة الثلاثة جميعاً فكل واحد منهم أثبت ثلث المال فإذا رجع أحدهم فإنه قد فوت جزءاً من المال وهو الثلث فلزمه قدر ما فوته[٥٢].

---

(٥٠) الشيرازي (المهذب) ٢٤٢/٢ والشربيني (مغني المحتاج) ٤٥٩/٤. والرملي (نهاية المحتاج) ٢١٢/٨. وابن قدامة في الكافي ٥٦٢/٤. وأبي الفرج بن قدامة الشرح الكبير ٣١٠/٦.

(٥١) .الكاساني (بدائع الصنائع) ٢٨٨/٦. والزيلعي (تبيين الحقائق) ٢٤٦/٤. وابن الهمام (فتح القدير) ٥٤٠/٦. وابن نجيم (البحر الرائق) ١٣٢/٧. والمواق (التاج والإكليل) ٢٠٧/٦. وشرح الخرشي ٢٢٢/٧. والدردير (الشرح الكبير) ٢١٨/٤. والشيرازي (المهذب) ٣٤٣/٢. والأنصاري (أسنى المطالب) ٢٨٥/٤. والشربيني (مغني المحتاج) ٤٥٩/٤. والرملي (نهاية المحتاج) ٢١٢/٨. وابن قدامة في الكافي ٥٦٢/٤. وأبي الفرج بن قدامة في الشرح الكبير ٣٠١/٦.

(٥٢) الشيرازي (المهذب) ٣٤٢/٢. والشربيني (مغني المحتاج) ٤٥٩/٤. وابن قدامة (المغني) ٢٥٢/٩.

مناقشة هذا الاستدلال:

يمكن مناقشة استدلالهم هذا: بأن قولهم: (إن الحق يثبت بشهادة الجميع) أن هذا غير مسلم؛ لأن الحق يثبت بشهادة اثنين فقط فلو لم يشهد على هذه القضية سوى هذين الشاهدين اللذين بقيا على شهادتهما لكان ذلك كافياً لإثبات الحق فصار الشاهد الثالث وجوده كعدمه إذ الحق ثابت بدون شهادته وعليه فلا يسوغ تضمينه.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني بدليل عقلي حيث قالوا: إن رجوع الزائد عن البينة لا يؤثر على الإثبات لأنه يبقى من الشهود من يستقل الحكم به ويكفي لحفظ الحق كله فيستحق المشهود له ما شهد به سالماً من الإتلاف فكأن الشاهد الذي رجع لم يشهد أصلاً[٥٣].

مناقشة هذا الدليل:

يمكن مناقشة هذا الدليل بأن عدم التضمين يدفع الإنسان إلى التساهل في الشهادة فيقدم عليها مع غيره ثم يرجع بخلاف إلزامه بالضمان فإن هذا يحمله على التأني والتثبت وإدراك عظم شأن الشهادة ومن جهة ثانية فالمعتبر في التضمين رجوع من يرجع لا بقاء من يبقى[٥٤].

ويجاب عن هذه المناقشة بما يلي:

١- أن دعوى التضمين لكي لا يتساهل الناس في الشهادة محل نظر؛ لأنه قد ورد في الشرع من الزواجر الكثيرة التي تحذر من الشهادة بدون علم أو تثبت وأن ذلك ربما كان من شهادة الزور التي هي من أكبر الكبائر[٥٥] فالاحتمال مندفع بما ورد من زجر لمن

(٥٣) الكاساني (بدائع الصنائع) ٢٨٧/٦. وابن الهمام (فتح القدير) ٥٤٠/٦. ابن نجيم (البحر الرائق) ١٣٢/٧. والدردير (الشرح الكبير) ٣١٨/٤. والشيرازي (المهذب) ٣٤٢/٢. والشربيني الخطيب (مغني المحتاج) ٤٥٩/٤.

(٥٤) أ.د بندر السويلم الرجوع وأحكامه في مجال القضاء ص٢٢٨.

(٥٥) جاء ذلك في حديث مخرج في الصحيحين انظر ص ١١ من هذا البحث.

تساهل في شأن الشهادة.

٢-ثم أنّ القول بأن تضمينه يدفعه للتثبت وإدراك عظم الشهادة فهذا محل نظر أيضاً؛ لأنه إن لم يمنعه خوفه من الله عزَّ وجلَّ فلن يمنعه تضمينه.

٣-قوله: المعتبر في التضمين رجوع من رجع ... الخ يمكن أن يقابل بمثله فيقال ونحن نقول المعتبر في التضمين بقاء من بقي لا رجوع من رجع .

٤-ثم إن الشاهد رجع عن شهادته عندما أدرك خطأه فيها فهل نقول له: إبق على الخطأ واستمر على شهادتك الخاطئة أم صحح الخطأ وارجع عن هذه الشهادة الباطلة.

الترجيح:

الراجح والله أعلم القول الثاني الذي يرى عدم تضمين الشاهد إذا رجع عن شهادته لقوة ما استدل به أهل هذا القول ووجاهته وضعف ما استدل به أصحاب القول الآخر لورود المناقشة عليه.

المسألة الثالثة: الرجوع بعد الحكم والاستيفاء:

وإن رجعوا بعد الحكم والاستيفاء لم ينقض الحكم، ولا يجب على المشهود له رد ما أخذه، لاحتمال أن يكونوا صادقين، ويجوز أن يكونوا كاذبين، وقد اقترن بأحد الجائزين الحكم والاستيفاء فلا ينقض الحكم برجوع محتمل(٥٦).

الفرع الثاني: رجوع بعض الشهود في الحدود والقصاص وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: الرجوع قبل الحكم:

إذا رجع بعض الشهود عن شهادتهم قبل الحكم في حد الزنا؛ فقد اختلف الفقهاء في إيقاع العقوبة في حقهم ومن الذي يستحق العقوبة منهم. الراجعون أم الباقون

(٥٦) الكاساني (بدائع الصنائع) ج٦ ص٢٨٨. وابن عرفة (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير) ج٤ ص٢٠٦.الشربيني الخطيب (مغني المحتاج) ج٤ ص٤٥٦ . والشيرازي (المهذب) ج٥ ص٦٦٠ .

على الشهادة؛ اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن جميع الشهود الأربعة يقام عليهم حد القذف الراجع عن الشهادة والباقي عليها كلهم في ذلك سواء، وبهذا قال الإمام أبو حنيفة وصاحباه، وهو قول المالكية، وقول عند الشافعية، ورواية في مذهب الإمام أحمد(٥٧).

القول الثاني: يقام حد القذف على باقي الشهود الذين لم يرجعوا عن شهادتهم، وهذا قول في مذهب الحنابلة(٥٨).

القول الثالث: يرى أن يقام حد القذف على الشاهد الذي رجع في شهادته وحده وهذا قول الإمام زفر من الحنفية، وهو قول بعض الشافعية(٥٩).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

احتج القائلون بإقامة حد القذف على الشهود الأربعة، بأن كل شاهد منهم يتقرر من كلامه قذف المشهود عليه والقذف موجب لحده، وعند الحكم بمجموع شهادتهم تكون حجة، وإذا كانت حجة فلا يحد أحدهم، فضلاً عن جميعهم، ولأن الحد يتضمن غلق باب الشهادة بالزنى، أما إذا رجع واحد منهم قبل اتصال القضاء بالشهادة؛ فإنه لا يبقى احتمال اقتران القضاء بالشهادة، فيكونوا قَذَفَةً فَيُحدُّون؛ ولأن الشهادة لم تكتمل فإن عدد الشهود نقص عن الأربعة برجوع الواحد فيحدون كما لو كان عددهم ابتداء ثلاثة(٦٠).

---

(٥٧) السرخسي (المبسوط) ٤٦/٦ والكاساني في بدائع الصنائع ٢٨٦/٦ وابن جزي قوانين الأحكام الفقهية ص٢٨٥ والشرح الكبير للدردير ٢٠٨/٤ والشيرازي، المهذب ٣٢٤/٢ وابن قدامة، الكافي ٢٨٨/٤ والمرداوي الإنصاف ١٦٧/١٠.

(٥٨) ابن قدامة الكافي ٢٨٨/٤ والمرداوي في الإنصاف ١٦٧/١٠.

(٥٩) السرخسي المبسوط ٤٦/٩ والكاساني بدائع الصنائع ٢٨٩/٦ والشيرازي المهذب ٣٢٤/٢.

(٦٠) الكاساني بدائع الصنائع ٢٨٩/٦، وابن الهمام فتح القدير ٧٠/٥ والدردير الشرح الكبير ٢٠٨/٤ وابن قدامة الكافي ٢٢٨/٤ وأبي الفرج الشرح الكبير ٢٤٠/٥.

أدلة القول الثاني:

احتج أصحاب القول الثاني القائلون بحد الشهود الثلاثة دون الشاهد الذي رجع عن شهادته بأن الشاهد الذي رجع في حكم التائب قبل تنفيذ الحد الثابت بقوله، والتائب يسقط عنه الحد، ولأن مصلحة المشهود عليه تكون في درء الحد عنه وهذا يكون برجوع أحد الشهود، فلا يحد الذي رجع لهذه المصلحة، بخلاف ما لو حد فإن مصلحة المشهود عليه تتعذر لأن الشاهد قد يمتنع من الرجوع إذا علم أنه يزجر بحد القذف فيكون خوفه مانعاً من الرجوع المتضمن مصلحة المشهود عليه[٦١].

ونوقش استدلالهم هذا بما يأتي:

١-أنه يمكن أن يرد هذا بأن رجوع الشاهد كما تضمن التوبة من الشهادة تضمن الإقرار بالقذف لأنه بالرجوع في معنى المقر بالقذف، وحد القذف حق للمقذوف فلا يسقط بتوبة القاذف، لأن كل قاذف يمكنه أن يتوب فيسقط حق غيره وهذا غير مسلم.

٢-ثم إن مصلحة المشهود عليه لا تكون متعذرة إذا حد الشاهد الذي رجع لأن احتمال كفه عن الرجوع خوفاً من الجلد أمر مستبعد وهو تائب، لأن التائب يحرص على التطهير بما يمكن[٦٢].

٣-ثم إن الإساءة للمقذوف حصلت بمجرد الشهادة فهو قد أساء إليه بشهادته حتى وإن رجع وسلم المقذوف من إقامة الحد عليه إذ الإساءة للمقذوف قد تحققت وإن رجع الشاهد عن شهادته.

٤-ثم إن في هذا حماية للأعراض وصيانة لباب الشهادة حتى لا يقدم عليها أحد إلا وهو متيقن تماماً مما أراد الشهادة عليه.

---

(٦١) ابن قدامة الكافي ٤/٢٢٨، والمغني ٨/٢٠٣، ٢٠٤، وأبي الفرج الشرح الكبير ٥/٤٢٠.

(٦٢) أ.د بندر السويلم الرجوع وأحكامه ص٢٢٢.

أدلة القول الثالث:

احتج أصحاب القول الثالث الذين يرون إقامة حد القذف على الشاهد الذي رجع بأن كلام الشهود الأربعة كمل به نصاب الشهادة، وبرجوع أحدهم انقلب قوله قذفاً منه خاصة لأن رجوعه يتضمن الإقرار على نفسه بالقذف وليس له أثر على شهادة غيره، ثم إن كلام الشهود يقع قذفاً من الابتداء إذا لم يكمل نصابها كما لو شهد ثلاثة، فإن شهد أربعة كما هو الحال هنا فلا يعد كلامهم قذفاً، كما أن الشهود الثلاثة لم يحصل منهم تفريط فقد بقوا على شهادتهم التي شهدوا بها والعدد تام، ورجوع الرابع من الأمور التي لا يمكن الاحتراز منها (٦٣).

ويمكن مناقشة هذا الاستدلال بما يأتي:

١-يمكن أن يقال: أنه باعتبار رجوع أحد الشهود وكون كلامه قذفاً ترتب عليه نقص نصاب الشهادة فتصير شهادة الثلاثة قذفاً(٦٤).

٢-إن قولهم: إن رجوعه ليس له أثر على شهادة غيره أمر غير مسلم إذ رجوعه يجعل شهادة الثلاثة الآخرين لا أثر لها.

٣-أننا نحتاج إلى الحزم في مثل هذه الأمور فرجوعه يوحي بخطئه ومثل ذلك يورث شكاً في شهادة الآخرين ونحن بحاجة إلى صيانة الأعراض والتشدد في ذلك لما للاتهام بالزنا من أثر خطير على الفرد وأسرته والمجتمع أجمع .

الترجيح:

الذي يترجح عندي - والله أعلم - القول الأول بأن الأربعة جميعاً يحدون حد القذف

---

(٦٣) الكاساني بدائع الصنائع ٦/٢٨٩، وابن الهمام فتح القدير ٥/٧٠، وابن نجيم البحر الرائق ٥/٢٥، والشيرازي المهذب ٢/٣٣٤.

(٦٤) أ.د بندر السويلم الرجوع وأحكامه ص٢٢٢.

لقوة ما استدل به أهل هذا القول وسلامته من المناقشة وورود المناقشة على الأقوال الأخرى.

المسألة الثانية: الرجوع بعد الحكم وقبل الاستيفاء.

وفيه فائدتان:

الفائدة الأولى: إذا رجع بعض الشهود في الشهادة على الزنا، أو على حد، أو قصاص وبقي من الشهود ما يكمل به نصاب الشهادة فهل يلحق الراجعين شيء؟

اختلف الفقهاء في ذلك، على قولين:

القول الأول:

لا يجب على الشهود الراجعين في شهادتهم شيء إذا كان من بقي من الشهود يبلغ نصاب الشهادة، ولا ضمان على الراجع لانعدام الإتلاف، لأن الحق قد ثبت بغير شهادته، لا فرق في ذلك بين الرجوع في الشهادة على الزنا أو على غيره، لأن القتل مثلاً ثبت على المشهود عليه حتى مع رجوع ذلك الشاهد، فكان رجوعه وعدمه سواء، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي(٦٥).

القول الثاني:

الشهود الراجعون في شهادتهم في الزنا والقصاص، يضمنون القصاص أو الدية، أي على جميعهم الحد، ولو كان الباقي من الشهود يبلغ نصاب الشهادة، لأن الإتلاف حصل بشهادة الشهود، والراجع واحد منهم، فكان شريكا لهم في الإتلاف، ولأن ما ضمنه كل واحد منهم إذا رجعوا جميعا يضمنه إذا انفرد بالرجوع من باب أولى، وبهذا قال الإمام أحمد(٦٦).

(٦٥) الزيلعي (تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق) ج٣ ص١٩٢ . والشيرازي (المهذب) ج٥ ص٦٦٣ .

(٦٦) ابن قدامة (المغني) ج١٢ ص٣٦٩.

مناقشة الاستدلال:

ويمكن مناقشة هذا الاستدلال كما يلي:

١-أنه غير مسلّم لأن الإتلاف حاصل بدون شهادة هذا الشاهد الذي رجع في شهادته فالحق ثبت لدى الناظر في هذه القضية سواء كان حداً أو قصاصاً ثبت بشهادة الباقين فشهادة هذا الراجع وجودها كعدمها من حيث ثبوت الحكم.

٢-أن الراجع في شهادته ـ والحال ما ذكر ـ يشعر بأنه أدرك خطأه في هذه الشهادة سواء كان في أصلها متعمداً أو مخطئاً وأنه عائد وتائب فلماذا نضمنه بدلاً من أن نعينه على التوبة؟ فربما يستمر على شهادته الآثمة وهو يعلم خطأها خوفاً من الضمان.

٣-ثم إن رجوعه ربما يكون سبباً في رجوع غيره من الشهود عن شهادتهم فربما لم يكن متثبتاً فيرجع وفي ذلك مصلحة أخرى من الستر على المشهود عليه ودفع الظلم منه.

الترجيح:

الذي يترجح عندي والله أعلم القول الأول الذي يرى عدم تضمين الشاهد عند رجوعه ما دام أنه قد بقي من الشهود ما يكفي لإثبات الحق وذلك لقوة ما استدلوا به ووجاهته وورد المناقشة على القول الآخر.

الفائدة الثانية: إذا كان من بقي من الشهود لا يتم بهم النصاب المطلوب في الشهادة، وكانت الشهادة على الزنا، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول:

إذا رجع بعض الشهود وبقي بعضهم وكان دون النصاب، والشهادة على الزنا، فإنهم يحدون جميعا، الراجع منهم ومن لم يرجع، لأنه يعتبر من قبيل القذف، وبهذا

قال أصحاب الرأي ومالك، و الشافعي في رواية، وأحمد في رواية عنه[٦٧].

القول الثاني:

إذا رجع بعض الشهود وبقي البعض، يحد من بقي دون الراجع ، لأنه إذا رجع قبل تنفيذ الحد فهو تائب إذا كان متعمد الكذب في شهادته، أو هو مخطئ أدرك خطأه، وفي الحالتين لم يترتب على شهادته ضرر بالمشهود عليه فلا وجه لعقوبته، وبهذا قال أبو حنيفة، وأحمد في رواية عنه [٦٨].

الترجيح:

الراجح هو القول الثاني وذلك لأمور:

١-أن رجوع الشاهد ليس فيه تفويت لحق آدمي فالحق هنا لله وحقوق الله مبنية على المسامحة.

٢-إن في رجوعه مصلحة للمشهود عليه وفيها ستر عليه وكونه يعاقب إذا رجع يدفعه إلى عدم الرجوع ليسلم من العقاب؛ بل عدم معاقبته يشجعه على التوبة وفي ذلك ستر على المسلمين وحماية لأعراضهم.

المسألة الثالثة: أن يكون الرجوع بعد الحكم والاستيفاء:

اختلف الفقهاء فيما إذا رجع أحد شهود الزنى بعد تنفيذ الحد على المشهود عليه فهل يحد الراجع عن شهادته أو لا اختلفوا في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الشاهد الذي رجع يحد حد القذف ويغرم ربع الدية.

---

(٦٧) الكاساني (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) ج٦ ص٢٨٩ . وابن عرفة (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير) ج٤ ص٤٠٨ . والشيرازي (المهذب) ج٥ ص٦٣٠ ، تحقيق الزحيلي . وابن قدامة (المغني) ج١٢ ص٣٦٩ .

(٦٨) الكاساني (بدائع الصنائع) ج٦ ص٢٨٩ . وابن قدامة (المغني) ج١٢ ص٣٦٩ .

وإلى هذا ذهب فقهاء المالكية[٦٩] والشافعية[٧٠] وقيده الحنابلة بمطالبة المقذوف بالحد قبل موته وإلا لم يحد[٧١]. وأخذ بهذا القول أبو حنيفة إلا أنه فصّل في ذلك فقال: يحد الذي رجع فإن كان الحد رجماً غرم وإن كان جلداً لم يضمن شيئاً من أرش الضرب أو من الدية إن مات من الضرب. وكذا أبو يوسف ومحمد قالا بحد الراجع عن شهادته ولكن ربطا الضمان بجلد المشهود عليه أو رجمه[٧٢].

القول الثاني: أنه يحد إذا رجع عن شهادته إن كان الحد جلداً، ولا حد عليه إن كان الحد رجماً وإنما يضمن ربع الدية.

وإلى هذا ذهب زفر من الحنفية[٧٣].

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول بدليل عقلي حيث قالوا: إنه قد أقر على نفسه بالتزام حد القذف، وما أقر به على نفسه فهو حجة عليه فيؤاخذ به[٧٤].

واحتجوا لتغريم الشاهد ربع الدية بأن رجوعه إقرار على نفسه بحصول التلف ظلماً بفعله وفعل غيره وهم شهود الزنى وعددهم أربعة فكل واحد قد أتلف ربع النفس فلزمه ضمان ذلك القدر الذي أتلفه[٧٥].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول لعدم الحد إن كان المشهود به يوجب الرجم بدليل عقلي

(٦٩) المواق التاج والإكليل ٢٠١/٦، وحاشية الدسوقي ٢٠٨/٤.
(٧٠) الشيرازي المهذب ٣٤٢/٢، والنووي روضة الطالبين ٣٠٣/١١، والشربيني الخطيب مغني المحتاج ٤٥٩/٤.
(٧١) أبو الخطاب الهداية ١٠١/٢، وابن قدامة المقنع ١٠٤/٤، ١٠٥، وابن مفلح الفروع ٨١/٦، والمرداوي الإنصاف ١٩٨/١٠.
(٧٢) الكاساني بدائع الصنائع ٢٨٩/٦، وابن الهمام فتح القدير ٦٩/٥، وابن عابدين رد المحتار ٣٤/٤.
(٧٣) السرخسي المبسوط ٤٨/٩، ٤٩، وابن الهمام فتح القدير ٦٩/٥.
(٧٤) السرخسي المبسوط ٤٨/٩، البهوتي شرح منتهى الإرادات ٣٤٩/٣.
(٧٥) السرخسي المبسوط ٤٩/٩، وابن مفلح المبدع ٨١/٩.

حيث قالوا: بأن رجوع الشاهد جعل شهادته قذفاً للمشهود عليه وهو حي أو ميت، فإن كان قد قذفه في أثناء الحياة فقد مات فبطل الحد بالموت لأن حد القذف لا يورث، وإن كان قد قذفه بعد الموت فإنه مرجوم بقضاء الحاكم وهذا يورث شبهة فيدرأ بها الحد(٧٦).

مناقشة هذا الاستدلال:

ويمكن مناقشة هذا الاستدلال بما يأتي:

١ - أنَّ الشاهد صار قاذفاً بالرجوع في حال الحياة، وكون المشهود عليه قد رجم بحكم القاضي لا يعني عدم مسئولية الشاهد عن موت المشهود عليه فإن الحكم مبني على الشهادة وبرجوع الشاهد صار قاذفاً، والقاذف يقام عليه حد القذف متى طلب(٧٧).

٢-أن الأخذ بهذا القول يجري الفساق على قذف الأموات وهذا فيه إساءة لأسرهم من أزواج وزوجات وأولاد وفيه تعدٍ على حرمة المسلم ومعلوم أن حرمة المسلم ميتاً كحرمته حياً.

٣-أن دعوى أن الرجم كان بقضاء حاكم وهذه شبهة يدرأ بها الحد محل نظر، لأن الحاكم إنما حكم بالرجم بناء على شهادة الشهود الأربعة وهو أحدهم فهو الذي أوقع الحاكم بالخطأ بشهادته التي رجع عنها ومن ثم أوجد الشبهة إن كان ثمة شبهة.

٤-ثم إنه لو رجع قبل تنفيذ الحكم وقبل إقامة الحد على المشهود عليه لأقمنا على الشاهد الراجع حد القذف فلئن يقام عليه حد القذف بعد التنفيذ من باب أولى.

الترجيح:

الذي يترجح عندي ما ذهب إليه أصحاب القول الأول لقوة ما استدلوا به وسلامته من المناقشة وورود المناقشة على ما استدل به أصحاب القول الثاني ناهيك أن في إقامة

(٧٦) السرخسي المبسوط ٤٨/٩، وابن الهمام فتح القدير ٦٩/٥.
(٧٧) أ.د بندر السويلم الرجوع وأحكامه ص٢٣٥.

الحد على الراجع قطع لباب الشر وسد للذريعة أمام المستهينين بأعراض المسلمين.

المطلب الثاني: رجوع الشاهد عن بعض شهادته

إذا رجع الشاهد عن بعض شهادته كأن شهد لرجل بألف ريال ثم رجع وقال بل هي ثمانمائة أو شهد أنه باعه البيت والسيارة ثم رجع فقال باعه البيت فقط فقد اختلف الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: أن الشاهد إذا رجع عن بعض شهادته قضى القاضي بما قاله أخيراً أي أنه يحكم بقوله الثاني وهو ما بقي عليه شاهداً، وذلك بشرط بقاء الشاهد على العدالة وكون ذلك عند الحاكم قبل مفارقة مجلسه. وهذا قول عند الحنفية(٧٨) ورواية عند الحنابلة. إلا أنهم اشترطوا أيضاً ألا يكون قد حكم القاضي بشهادته(٧٩). وقال به المالكية واشترطوا أن يتميز الشاهد في العدالة بحيث يفوق أقرانه وإلا فلا يلتفت لرجوع الشاهد عن بعض شهادته(٨٠).

القول الثاني: أنه يقبل من الشاهد النقص من البارز في العدالة وغيره على حد سواء. وهذا قول عند المالكية(٨١).

القول الثالث: أنه لا يقبل من الشاهد النقص. وهذا قول عند الحنفية(٨٢) ورواية في

(٧٨) الفتاوى الخانية ٢/٤٧٠، والعناية ٦/٤٩٨، وجامع الفصولين ١/٧١، وفتح القدير ٦/٤٩٩ والبحر الرائق ٧/١٠١، ١٠٢، وكشف الحقائق ٢/٨٣، ورد المحتار ٥/٤٨٨.

(٧٩) الكافي لابن قدامة ٤/٥٣٣، والمحرر ٢/٣٥٤، والنكت والفوائد السنية ٢/٣٥٤، والإنصاف ١٢/١٠٤، وكشاف القناع ٦/٤٤١.

(٨٠) تبصرة الحكام ١/١٨١، والعقد المنظم ٢/٢١٣، والتاج والإكليل ٦/١٥٧، والمعيار المعرب ٢/٣٧٢، والفواكه الدواني ٢/٣٠٦، وشرح الخرشي ٧/١٨١، وشرح ميارة ١/٦٦، والبهجة ١/١٠٧، وحاشية الدسوقي ٤/١٦٩.

(٨١) حاشية المعداني على شرح ميارة ١/٦٧ بهامش شرح ميارة، وشرح أبي عبدالله التادوي على تحفة الحكام ١/١٧٠ بهامش البهجة.

(٨٢) العناية ٦/٤٩٨، والبحر الرائق ٧/١٠٢، وكشف الحقائق ٢/٨٣.

مذهب الحنابلة[٨٣] وقيده بعض المالكية بما إذا كان بعد الحكم بشهادته[٨٤].

القول الرابع: أنه إذا نقص الشاهد بعض شهادته ردت شهادته أولاً وثانياً وبهذا قال الزهري[٨٥].

الأدلة:

أدلة أصحاب القول الأول:

استدل القائلون بقبول الرجوع الجزئي عن الشهادة بشرط بقاء الشاهد على العدالة وأن يكون الرجوع عند الحاكم قبل مفارقة مجلسه وقبل الحكم بها بما يلي:

١-أن الشاهد إذا حضر مجلس القاضي ليشهد عنده قد يحصل له من مهابة المجلس ما يجعل الخطأ يعرض له فيسبق لسانه ما يريد أن يقوله ثم يريد تصويب الغلط وقد يعرض له النسيان فيشهد بغير الحادثة المطلوبة ثم يتذكر أنه حضر ليشهد في غيرها وهذا عذر مسوغ لقبول قوله الثاني إذا كان عدلاً لانتفاء التهمة، ويكون التدارك بالنقص ملحقاً بأصل الشهادة لأن نقصه منها قبل القضاء كالحادث عند أدائها.

ويكون هذا كله في مجلس القاضي وقبل خروج الشاهد لأنه إذا فارق المجلس ثم عاد تمكنت تهمة استمالة الخصم له بالنقص وإغرائه بشيء من المال ليرجع وإذا وجدت التهمة تعين الاحتياط[٨٦].

٢-أن الشاهد إذا رجع عن بعض شهادته فقد نقص فيها، وقوله بالنقص شهادة من عدل لا يتهم فتعين إلغاء كلامه الأول ومن ثم قبول شهادته التي تضمنت النقص

(٨٣) الفروع ٦/٥٩٨، والإنصاف ١٢/١٠٤.
(٨٤) العقد المنظم ٢/٢١٣، وحاشية المعداني ١/٦٧، وعزاه لابن سلمون.
(٨٥) المغني ٩/٢٦٢، والشرح الكبير لأبي الفرج ٦/٣٠٧، والنكت والفوائد السنية ٢/٣٥٤.
(٨٦) البناية ٧/١٩٧، ١٩٨، وفتح القدير ٦/٤٩٨، والبحر الرائق ٧/١٠١، ١٠٢، ومجمع الأنهر ٢/٢٠٥، وكشف الحقائق ٢/٨٣، والكافي لابن قدامة ٤/٥٣٣، والنكت والفوائد السنية ٢/٣٥٤.

والحكم بها كما لو لم يكن لها مخالف سابق[87].

أدلة أصحاب القول الثاني:

لعل أهل هذا القول رأوا أنه لا وجه للتفريق بين من هو بارز العدالة وغيره فرأوا أن توسع دائرة قبول الرجوع عن بعض الشهادة من الشهود على حد سواء وهذا محل نظر[88].

أدلة أصحاب القول الثالث:

احتج القائلون بعدم قبول النقص من الشاهد بما يلي:

١-أن الشاهد قد أدى شهادته من غير أن يتهم فلا يقبل رجوعه عن بعضها كما لو كان هذا الرجوع منه بعد أن حكم القاضي بشهادته[89].

المناقشة:

وقد رد هذا الاستدلال بأنه قياس لا يصح لوجود الفارق فإن الحكم إذا استند إلى الشهادة فإنه يكون حكماً باستمرار شرطه فلا وجه لنقضه بعد تمامه ولا وجه لرجوع الشاهد أما رجوعه قبل أن يحكم القاضي بشهادته فله وجه كالخوف من مجلس القاضي ونحوه[90].

٢-أن ما شهد به الشاهد أولاً صار حقاً للمشهود له فلا يبطل حقه برجوع الشاهد، ووجب على القاضي أن يحكم بما قاله الشاهد أولاً ولا يلتفت إلى قوله في النقص[91].

---

(٨٧) المغني ٢٦٣/٩، والشرح الكبير لأبي الفرج ٣٠٧/٦، والعدة شرح العمدة ٦٥٧، وكشاف القناع ٤٤١/٦.

(٨٨) الرجوع وأحكامه، د/بندر السويلم.

(٨٩) الفروع ٥٩٨/٦، والإنصاف ١٠٤/١٢.

(٩٠) المغني ٢٦٣/٩، والشرح الكبير لأبي الفرج ٣٠٧/٦.

(٩١) العناية ٤٩٨/٦، والبحر الرائق ١٠٢/٧، وكشف الحقائق ٨٣/٢.

المناقشة:

يمكن أن يرد هذا القول بأن تعقيب الشاهد على شهادته يثير الشك في صحة قوله الأول ويقوي الظن بالخطأ فيه، وإذا كان كذلك فإن عدم اعتماد ما قاله ابتداء أولى[٩٢].

أدلة أصحاب القول الرابع:

علل الزهري لما ذهب إليه بأن ما قاله الشاهد أولاً يخالف ما شهد به ثانياً وكذلك العكس فيتعارض قوله فلا يحتج به.

ولأنه قد رجع عن شهادته الأولى لإقراره بالغلط فيها وشهادته الثانية التي نقص فيها قد تجردت من الثقة لأنه لا يؤمن منه الغلط كما حصل له في الأولى[٩٣].

المناقشة:

رد هذا التعليل الذي قاله الزهري بأنه لا تعارض بين الشهادتين لأن الأولى باطلة لرجوعه عنها ومن هنا فلا يصح الحكم بها وقد ألغاها لأن شرط الحكم بها الاستمرار والثبات عليها[٩٤].

ويمكن أن يقال: أنه يغلب على الظن صدق الشاهد في الثانية لأن اعترافه بالخطأ في الأولى ورجوعه عنها يؤكد سلامة الثانية من الخطأ والغلط[٩٥].

القول المختار:

بعد النظر فيما تقدم من أقوال العلماء والتأمل فيما استند إليه أصحابها من أدلة وما

---

(٩٢) الرجوع وأحكامه، د/بندر السويلم ص٢٤٠.
(٩٣) المغني ٢٦٢/٩، والشرح الكبير لأبي الفرج ٣٠٧/٦، والنكت والفوائد السنية ٣٥٤/٢.
(٩٤) المغني ٢٦٣/٩، والشرح الكبير لأبي الفرج ٣٠٧/٦، وكشاف القناع ٤٤١/٦.
(٩٥) الرجوع وأحكامه، د/بندر السويلم ص٢٣٩.

ورد عليها من مناقشات فندت بعض الحجج يظهر أن أولى الأقوال بالاختيار هو القول بقبول قول الشاهد إذا رجع عن بعض شهادته مع التقييد ببقاء الشاهد على العدالة وعدم الحكم بالشهادة وعدم مفارقة مجلس الحاكم، وذلك لوجاهة مستند القائلين به وسلامته من الاعتراض والمناقشة.

المبحث الرابع
تلقين الحاكم للشهود الرجوع عن الشهادة

من المعلوم أن الحدود حق لله تعالى وأن حقوق الله عزّ وجلّ مبناها على المسامحة فإذا جاء شخص يشهد على آخر بارتكابه حداً من حدود الله عز وجل فهل للحاكم أن يلقنه الرجوع عن شهادته في هذا الحد؟ اختلف الفقهاء ـ رحمهم الله ـ في ذلك على قولين:

القول الأول: أن للحاكم تلقين الشاهد الرجوع عن شهادته في هذا الحد.

وهذا مذهب الحنابلة(٩٦) وهو أصح الوجهين عند الشافعية إن رأى الحاكم المصلحة في الستر وإلا فلا(٩٧).

القول الثاني: أنه لا يجوز للحاكم تلقين الشاهد الرجوع عن شهادته.

وهذا وجه عند الشافعية(٩٨) والحنابلة(٩٩).

---

(٩٦) المقنع ٣١٥/٤، والمحرر ٢٤٣/٢، والإنصاف ٨/١٢، وكشاف القناع ٤٠٦/٦.

(٩٧) أدب القاضي للماوردي ٢٥٧/٢، والمهذب ٣٣٨/٢، وروضة الطالبين ١٤٥/١٠، وأسنى المطالب ١٥١/٤، ومغني المحتاج ١٧٦/٤.

(٩٨) المهذب ٣٣٨/٢.

(٩٩) المقنع ٣١٥/٤، والكافي لابن قدامة ٥٤٨/٤، والمحرر ٢٤٣/٢، والمبدع ١٩٢/١٠، والإنصاف ٨/١٢.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

احتج القائلون بالجواز بما يلي:

١-أنا أبا بكرة ونافعاً وشبل بن معبد شهدوا بالزنى على المغيرة بن شعبة رضي الله عنهم عند أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقام زياد ليشهد فقال أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه: «رجل أن يشهد إن شاء الله إلا بالحق قال زياد: «رأيت ابتهاراً ومجلساً سيئاً»(١٠٠).

ووجه الاستدلال:

أن الخليفة الراشد عمر رضي الله عنه عرّض لزياد بالرجوع عن الشهادة ولو كان ذلك منهياً عنه لما فعله رضي الله عنه.

٢-أنه يستحب لمن كانت عنده شهادة على حد ألا يقيمها وأن يستر على أخيه وقد دعا الشرع ورغب في ذلك بدليل قوله صلى الله عليه وسلم: «ومن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة»(١٠١) وفي تلقين الشهود التوقف إشارة إلى أن الأفضل للشاهد هو عدم أداء هذه الشهادة من أجل سقوط الحد ودرئه، فالحكمة من التعريض للشاهد كالحكمة

(١٠٠) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه ٣٨٤/٧، ٣٨٥ رقم ١٣٥٦٦ وابن أبي شيبة في مصنفه ٩٣/١٠ رقم ٨٨٧٣ والحاكم في المستدرك ٤٤٩/٣ وليس فيه قول عمر هذا وإنما القصة بطولها وأخرجه البيهقي بلفظه في السنن الكبرى ١٤٨/١٠، كما أخرجه من طريق أخرى بلفظ (قال عمر حين رأى زياداً: إني لأرى غلاماً كيساً لا يقول إلا حقاً ولم يكن ليكتمني شيئاً، فقال زياد: لم أر ما قال هؤلاء، ولكني قد رأيت ريبة وسمعت نفساً عالياً) السنن الكبرى ٢٣٥/٨، وأخرج الطحاوي القصة وفيها (وجاء آخر يحرك بيديه فقال: ما عندك يا سلخ العقاب ... قال رأيت أمراً قبيحاً. قال الحمد لله الذي لم يشمت الشيطان بأمة محمد ..) شرح معاني الآثار ١٥٣/٤ وفي مجمع الزوائد ٢٨٠/٦ قال الهيثمي (رواه الطبراني ورجاله رجال الصحيح). وجلد عمر الثلاثة واستتابهم رواها البخاري في صحيحه معلقاً بصيغة الجزم ١٥٠/٣.

(١٠١) هذا بعض حديث أخرجه البخاري في صحيحه من حديث ابن عمر رضي الله عنهما مطبوع مع فتح الباري شرح صحيح البخاري ٩٧/٥، وأخرجه مسلم من حديث سالم عن أبيه. صحيح مسلم ١٩٩٦/٤ رقم الحديث: ٢٥٩٠ ومن حديث أبي هريرة رضي الله عنه. صحيح مسلم ٢٠٧٤/٤ رقم الحديث: ٢٦٩٩.

من تلقين المقر الامتناع عن الإقرار أو الرجوع[102].

٣-أن في أدائه لشهادته على الحد وعدم تلقينه الرجوع إقامة للحد وإقامة الحد على المشهود عليه لا يقتصر أثرها على مرتكب الحد بل يتعداه إلى غيره من أهله من زوجة أو زوج أو ولد أو والد أو أخ ونحو ذلك فكلهم ينالهم من هذا العار فهنا مصلحة شرعية تتحقق من الستر عليه خاصة أنه حق لله وحقوق الله مبناها على المسامحة.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني بما يلي:

أولاً: أن توقف الشهود عن الشهادة أي رجوعهم فيها: يقدح فيهم بالكذب وعدم العدالة بخلاف ما إذا أدوها، فلا يجوز أن يعرض لهم القاضي بما يسبب القدح فيهم وعدم قبول شهادتهم[103].

المناقشة لهذا الدليل:

يمكن مناقشة هذا الدليل من ثلاثة أوجه:

١-إن توقف الشهود ليس قادحاً في عدالتهم لأن الشاهد لم يؤد شهادته بعد، ولأنه يتعين على الشاهد إذا غلط في شهادته أن يرجع عنها ولا يكون رجوعه قادحاً في دينه أو عدالته كما يقرر ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية[104] رحمه الله تعالى.

٢-أن هذا حق لله عز وجل وحقوق الله مبناها على المسامحة.

٣-أن فيه ستر على مسلم وهذا أمر مرغب فيه شرعاً.

ثانياً: القياس على حق الآدمي، فكما أنه لا يجوز للحاكم أن يلقن الشهود الرجوع

(١٠٢) المهذب ٢/٣٣٨، والمغني ٨/٢٠٧.

(١٠٣) المهذب ٢/٣٣٨.

(١٠٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ٣٥/٤١٥.



عن شهادتهم في حق الآدمي فكذلك لا يجوز تلقينه الرجوع عن الشهادة في الحد الخالص لله تعالى[(١٠٥)].

مناقشة هذا الاستدلال:

هذا القياس مع الفارق، فإن الله تعالى غني عن حقه بخلاف الآدمي فإنه محتاج له، ولذا كانت حقوق الآدميين مبنية على المشاحة والتضييق وحقوق الله تعالى مبنية على المسامحة والتيسير.

الترجيح:

الراجح والله أعلم بالصواب هو القول الأول لقوة استدلالهم وضعف استدلال القول الثاني لورود المناقشة عليها هذا من وجه كما أن اعتبار ما شرطه فقهاء الشافعية له وجه قوي لأن الحاكم قد يرى المصلحة في الستر صيانة للأعراض وحفظاً للكرامات وقطعاً لمقالة السوء وقد يرى المصلحة في عدم الستر درءاً لمادة الفساد وردعاً للمتساهلين ومن تسول لهم أنفسهم ارتكاب شيء من ذلك[(١٠٦)].

المبحث الخامس

الرجوع عن الرجوع عن الشهادة

يشهد المرء على قضية من القضايا وبعد شهادته يرجع عن هذه الشهادة نتيجة تهديد أو وعيد من آخر أو خوف من عواقب معينة تدفعه للرجوع عن شهادته ولربما تغير رأيه وزال ما يخافه فرجع عن رجوعه عن الشهادة وعاد ليؤكدها وليبقيها كما أداها.

وكما يكون الرجوع عن الرجوع عن الشهادة بالتصريح بذلك كذلك يكون بإعادة

(١٠٥) المبدع ١٠/١٩٢.

(١٠٦) الرجوع وأحكامه في مجال القضاء، د/بندر السويلم ص١٧٦.

أداء الشهادة بعد الرجوع الأول عنها، وهنا لا يبقى ظن الصدق في الشهادة، فإن الحاكم لا يدري هل صدق في الشهادة في شهادته الأولى أو في رجوعه عنها؟ ولذا يتعذر الحكم بها(١٠٧).

ولأن الشاهد تلحقه التهمة بالندم على رجوعه أو بتلمس الحيل لإسقاط ما يلزم بسبب رجوعه عن شهادته(١٠٨).

والرجوع عن الشيء عدول عنه بعد وقوعه ونفي له بعد إثباته، فالرجوع عن الرجوع عن الشهادة نفى نفي الشهادة فهو معنى الإثبات لها، غير أنه لا يلتفت إليه(١٠٩).

ومن القواعد الفقهية المختلف فيها والتي لم يطلق الترجيح فيها لاختلافه في الفروع قاعدة: (الزائل العائد هل هو كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد؟)(١١٠).

وعند تطبيق هذه القاعدة يتبين أن الشهادة قد زالت بالرجوع ثم عادت بالرجوع عن الرجوع عنها فهل تكون كأنها لم تزل أو كأنها لم تعد؟(١١١).

بعد الحكم بأنه لا يقبل الرجوع عن الرجوع عنها ـ كما ذكره كثير من فقهاء المالكية(١١٢) ـ يظهر رجحان الأمر الآخر وهو أنها زالت ولم تعد.

وإن من المساوئ التي تحدث نتيجة قبول الرجوع عن الرجوع عدم الوقوف عند حد وإجازة النقض إلى ما لا نهاية وهو مما لا يخفى، ومما يخرج عن موضوعات الشرع فإنه إذا حكم بالشهادة ثم رجع الشاهد عنها وقيل بقبول الرجوع لأمكنه رجوعه مرة أخرى ومن

(١٠٧) فتح الجواد ٢/٢٤٠، وحاشية الشرقاوي ٢/٥٠٣، ٥٠٤.

(١٠٨) الشرح الكبير للدردير ٤/٢١٠، وجواهر الإكليل ٢/٢٤٦، ومنح الجليل ٤/٢٩٤.

(١٠٩) الرجوع وأحكامه في مجال القضاء، د/بندر السويلم ص٢٢٥.

(١١٠) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٧٦، وهذه القاعدة في مغني ذوي الأفهام ص٢٤٥ بهذه العبارة (العائد الزائل ربما قام مقام الأول وربما لا).

(١١١) الرجوع وأحكامه في مجال القضاء، د/بندر السويلم ص٢٢٥.

(١١٢) التاج والإكليل ٦/٢٠١، وشرح الخرشي ٧/٢٢٢، والشرح الكبير للدردير ٤/٢١٠، وجواهر الإكليل ٢/٢٤٦.

ثم يمكن أن يرجع عن رجوعه الأخير فلا تبقى للأحكام قوة ويسودها الاضطراب(١١٣) وهذا بخلاف ما لو صرف النظر عن الرجوع واعتبر في حكم المعدوم(١١٤).

وفي مجال التضمين فإن الشاهد برجوعه عن شهادته لا يعفى، بل يغرم ما فات على صاحب الحق بشهادته كما لو رجع عن شهادته وتمادى على الرجوع وأصر عليه ولم يرجع عنه، ولا يكون رجوعه عن الرجوع مسوغاً لإسقاط الغرم عنه لأنه بمثابة من أقر بحق لا يقبل الرجوع عنه فإنه يلزمه ما أقر به، وبرجوعه عن شهادته لزمه الضمان فلا يمكن من إلغائه أو إسقاطه عن نفسه حيث لزمه حق للغير(١١٥).

وإن شهدوا ثم قالوا للحاكم قبل الحكم: توقف. فتوقف ثم رجعوا عن طلب التوقف وأعادوها فإنها تقبل ويحكم بها القاضي، لأن الرجوع عن الشهادة لم يتحقق ولو كان التوقف رجوعاً لم تقبل لأنه يعد رجوعاً عن الرجوع(١١٦).

ولأنه يحتمل زوال ريبة عرضت للشاهد(١١٧) ولبقاء أهلية الشهود وعدم بطلانها(١١٨).

المبحث السادس

رجوع المزكين للشهود عن تزكيتهم

إذا رجع المزكون للشهود عن تزكيتهم للشهود بعد استيفاء المحكوم به لأمر من الأمور، فهل يضمنون شيئاً مما ترتب على ذلك الحكم؟

(١١٣) تبيين الحقائق ٢٤٤/٤، والعناية ٥٣٦/٦.

(١١٤) الرجوع وأحكامه في مجال القضاء، د/بندر السويلم ص٢٢٦.

(١١٥) شرح الخرشي ٢٢٢/٧، والشرح الكبير للدردير ٢١٠/٤، ومنح الجليل ٢٩٤/٤.

(١١٦) مغني المحتاج ٤٥٦/٤، وحاشية الشرقاوي ٥٠٤/٢، والتنقيح المشبع ٤٣٢، وكشاف القناع ٤٤٢/٦، وشرح منتهى الإرادات ٥٦٢/٣.

(١١٧) شرح منتهى الإرادات ٥٦٢/٣.

(١١٨) مغني المحتاج ٤٥٦/٤.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: إذا رجع المزكون في تزكيتهم، وقد استوفى القاضي الحق المحكوم به فإن المزكين يضمنون التلف الناشئ عن شهادة الشهود، وذلك لأن الشهادة لا تكون حجة موجبة للحكم إلا عند اقترانها بالتزكية، إذ مع انتفاء التزكية تكون الشهادة في حكم العدم، فكانت التزكية هي علة الحكم بالشهادة، وإذا كان الرجوع عن الشهادة التي هي علة الحكم بالإتلاف موجبا للضمان، فلذا يجب أن يكون الحكم بالنسبة للتزكية التي هي بمعنى علة الحكم لأن علة العلة كالعلة في إضافة الحكم إليها، وبهذا قال أبو حنيفة، وبعض الشافعية، وبعض الحنابلة[١١٩].

القول الثاني: إذا رجع المزكون للشهود في تزكيتهم فلا شيء على المزكين الراجعين ـ أي لا ضمان عليهم ـ وحجة أصحاب هذا القول: أن الضمان إنما يجب على من باشر الإتلاف أو تسبب فيه، ولم يصدر من المزكين شيء من ذلك، فهم إنما أثنوا على الشهود، ووصفوهم بصفات حسنة، وهذا لا يستوجب التضمين، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد من الحنفية والمالكية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة[١٢٠].

ويجاب عما استدلوا به: أن الحكم الذي أصدره القاضي وترتب عليه الإتلاف كان مبنياً على شهادة الشهود فلولا شهادتهم لما أصدر الحاكم حكمه ولما ترتب الإتلاف وتلك الشهادة التي بني الحكم عليها كانت مبنية على عدالة الشهود وتزكيتهم ممن زكاهم: عليه: يكون المزكون للشهود متسببين في الإتلاف أيضاً.

(١١٩) علي حيدر (درر الحكام شرح مجلة الأحكام) ج١٤ ص٤٠٩ . والزيلعي (تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق) ج٣ ص١٩٤ . والشربيني الخطيب (مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج) ج٤ ص٤٥٧. والنووي (منهاج الطالبين) ج٤ ص٣٣٣ . ومنصور يونس البهوتي (ت١٠٥١هـ) (كشاف القناع عن متن الإقناع) ج٦ ص٣٦١ . ومن الكتب الحديثة (النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود) للدكتور عبد الله الركبان ج٢ ص٥١ .

(١٢٠) الزيلعي (تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق) ج٣ ص١٩٤ .وابن عرفة (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير) ج٤ ص٢٠٧ . والشربيني الخطيب (مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج) ج٤ ص٤٥٧ . والبهوتي (كشاف القناع عن متن الإقناع) ج٦ ص٣٦١ .

الترجيح:

الراجح عندي ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، من وجوب الضمان على المزكين الذين رجعوا عن تزكيتهم للشهود؛ لأن شهادتهم بعدالة الشهود وتزكيتهم إياهم أفضت إلى قبول شهادة الشهود التي أدت إلى الإتلاف، فوجب عليهم الضمان.

المبحث السابع
الضمان بعد الرجوع عن الشهادة

سبق الحديث عن رأي الفقهاء ـ رحمهم الله تعالى ـ في تضمين الشهود بعد رجوعهم عن الشهادة وكذا تضمين المزكين بعد رجوعهم عن التزكية.

وفي هذا المبحث أتحدث عن الضمان عند من يراه من الفقهاء مبيناً، سبب وجوبه، ومقدار الواجب فيه، وشروط إيجابه، وذلك من خلال المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول: سبب وجوب الضمان

إن سبب وجوب الضمان إتلاف المال، أو النفس بالشهادة؛ لأن الضمان في الشرع إنما يجب إما بالالتزام أو بالإتلاف ، وهنا لم يوجد التزام فيتعين الإتلاف فيها سببا لوجوب الضمان، فمثلا لو شهد رجلان على زيد بألف، وقضى القاضي بشهادتهما، ثم رجعا، فإنهما يضمنان الألف؛ لأن الرجوع بعد القضاء يعد سببا للإتلاف في حق المشهود عليه، والتسبب في الإتلاف بمنزلة المباشرة في حق سببية وجوب الضمان، كالإكراه على إتلاف المال، وحفر البئر على قارعة الطريق(١٢١).

(١٢١) الكاساني (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) ج٧ ص٢٨٣ . والمادة ٨٠ من مجلة الأحكام العدلية، أنظر علي حيدر (درر الحكام شرح مجلة الأحكام) ج٤ ص٤٠٨ وعبد الله بن محمد بن سليمان (مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر) ج٢ ص٢١٥ . وابن عرفة (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير) ج٤ ص٢٠٦ . وأبي اسحاق الشيرازي (المهذب) ج٥ ص٦٦٦ . وابن قدامة (المغني) ١٢/ ١٤٦.

المطلب الثاني: مقدار الواجب في الضمان

يتحقق قدر الواجب في الضمان على قدر المال المتلف، فمثلا: لو رجع شاهد عن شهادته، ينظر فيمن بقي من الشهود، فلو شهد اثنان بألف مثلا، ورجع أحدهما، ضمن الراجع نصف الألف؛ لأنه قد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق.

ولو كان الشهود ثلاثة فرجع واحد، فلا ضمان عليه؛ لأنه بقي من يبقى بشهادته الحق كله.

وإن رجع الآخر ضمن الراجعان نصف الألف؛ لأنه ببقاء أحدهم يبقى نصف الحق.

وإن شهد رجل وامرأتان ، فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق؛ لبقاء ثلاثة الأرباع ببقاء من بقي.

وإن رجعت المرأتان ضمنتا نصف الحق.

وإن شهد رجل وعشر نسوة، ثم رجع ثمان نسوة فلا ضمان عليهن ؛ لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق.

وإن رجع النسوة جميعا دون الرجل ضمن النسوة نصف الحق ، وفي ضوء هذا الذي تقدم يعلم أن العبرة بمن بقي من الشهود لا بمن رجع عن شهادته(١٢٢).

المطلب الثالث: شروط تضمين الشاهد

ذكر الفقهاء ـ رحمهم الله تعالى ـ أنه يشترط لتضمين الشاهد بسبب رجوعه عن شهادته بعد الحكم بها شروطاً:

---

(١٢٢) الكاساني (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) ج٧ ص٢٨٣ . وابن عرفة (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير) ج٤ ص٢٠٧. والشيرازي (المهذب) ج٢ ص٢٥٩. والخطيب الشربيني (مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج) ج٤ ص٤٦٠. وابن قدامة (المغني) ج١٠ ص٣١٧ وج١٢ ص١٤٦. والأستاذ أحمد إبراهيم إبراهيم (موجز في المرافعات الشرعية) ص١٠٤ وما بعدها .

١- أن يكون الرجوع بعد القضاء، فلو كان قبل القضاء لا يجب الضمان لعدم الإتلاف حينئذ[١٢٣].

٢ - أن يكون الرجوع في مجلس القضاء، فلو كان في غير مجلس القضاء فلا تترتب عليه أحكامه من الضمان وغيره، كما أنه لا عبرة بالرجوع عنها في غير مجلس القضاء[١٢٤].

٣- أن يكون المتلف بالشهادة عين مال، فلو كان منفعة فلا ضمان ، فلو أنّ رجلين شهدا على رجل أنه طلق امرأته ثلاثا بعد الدخول، وحكم القاضي بالتفريق بينهما بناء على الشهادة، ثم رجع الشاهدان عن شهادتهما لم يضمنا شيئا لأنهما لم يتلفا على الزوج مالاً[١٢٥].

٤- أن يكون إتلاف المال بغير عوض، فإن كان بعوض فلا يجب الضمان سواء كان العوض عين مال أو منفعة لها حكم عين المال؛ لأن الإتلاف بعوض يكون إتلافا صورة لا معنى[١٢٦].

(١٢٣) عبد الله بن مودود (الاختيار لتعليل المختار) ج٢ ص١٥٥ . وعلي حيدر (درر الحكام شرح مجلة الأحكام) مجلد ٤ ص٤٠٨ وما بعدها . وعبدالله بن مودود (الإختيار لتعليل المختار) ج٢ ص١٥٤ . وابن عرفة (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير) ج٤ ص٢٠٧ . وابن فرحون (تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام) ج١ ص٢١٥ .وأبي اسحاق الشيرازي (المهذب) ج٥ ص٦٦٣ وما بعدها تحقيق الزحيلي . ومنصور بن يونس البهوتي (ت ١٠٥١هـ) (شرح منتهى الإرادات) ج٦ ص٧٠١ . وابن قدامة (المغني) ٢١٧/١٠.

(١٢٤) علي حيدر (درر الحكام شرح مجلة الحكام) مجلد٤ ص٤١٠ وما بعدها . وعبد الله بن محمد بن سليمان (مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر) ج٢ ص٢١٥ . وعبد الله بن مودود (الاختيار لتعليل المختار) ج٢ ص١٥٣ . وابن عرفة (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير) . وأبي اسحاق الشيرازي (المهذب) ج٥ ص٦٦٦ . وابن قدامة (المغني) ٢١٧/١٠.

(١٢٥) المراجع السابقة .

(١٢٦) الكاساني (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) ج٧ ص٢٨٥ . وكذلك المراجع السابقة .

الخاتمة

أولاً: النتائج:

في ضوء ما تقدم ذكره عن (أحكام الرجوع في الشهادة) تمّ الوقوف على النتائج الآتية:

١- الرجوع معناه: العود إلى ما كان منه البدء، أو تقدير البدء: مكاناً كان، أو فعلاً، أو قولاً، وبذاته كان رجوعه أو بجزء من أجزائه، أو بفعل من أفعاله.

٢- إن الشهادة تعني: إخبار عدل حاكماً بما علم ـ ولو بأمر عام ـ ليحكم بمقتضاه.

٣- إنه لا يشترط لصحة الشهادة أن تكون بلفظ أشهد، كما هو رأي المالكية.

٤- يشترط لصحة الرجوع عن الشهادة أن يكون الرجوع في مجلس القضاء؛ لأن الرجوع عن الشهادة فسخ لها؛ فيكون بمكان إثباتها، وهو مجلس القاضي.

٥- الرجوع عن الشهادة يتعلق به مال الشاهد حينا، ونفس الشاهد أخرى، ففي مال الراجع: وجوب الضمان، وفي النفس: العقوبة على الراجع.

٦- يشترط لتضمين الشاهد: أن يكون الرجوع: أ- بعد الحكم، ب- في مجلس القضاء، ج-وأن يكون المتلف – بالشهادة – عين مال.

٧- إذا رجع الشهود – بعد الحكم، وقبل التنفيذ – وكان المشهود به مالاً، أو حقاً من الحقوق – التي لا تدرأ بالشبهات – فإن الحكم باق، ولا ينتقض، ويضمن الشهود المحكوم به، وهو المال الذي تلف بشهادتهم.

٨- إذا رجع الشهود عن شهادتهم – بعد الحكم – وبعد الاستيفاء في قصاص – فإنه يقتص من الشهود الراجعين ، وقيل: لا يقتص، ويضمنون الدية، والمال.

٩- الرجوع عن الشهادة – قبل القضاء – يوجب التعزير، والتشهير، بالراجع.

١٠- لا يصح للقاضي الحكم بالشهادة؛ إذا رجع المزكون للشهود في تزكيتهم، أما

إذا رجعوا بعد صدور الحكم؛ فإنه لا ينقض الحكم، ويضمن المزكون التلف، الناشئ عن شهادتهم، في أرجح الأقوال.

ثانياً: أهم الوصايا:

١- أن يتذكر الشاهد عظمة هذه الشهادة؛ وما سيترتب عليها من آثار، سواء كانت على بدن المشهود عليه، أو عرضه، أو ماله ويعلم أن الله سبحانه وتعالى بالمرصاد لكل من كذب في هذه الشهادة، وأن العقوبة على الكذب فيها قد تعجل في الدنيا.

٢- أن يعلم المرء أن رجوعه إلى الحق – إن كان قد شهد خطأً أو كذباً – خير له من الاستمرار في الباطل، وإن عوقب على ذلك، فعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة.

٣- لو أكره المرء على الشهادة، أو أكره على الرجوع عنها - بعد أدائها - فعليه أن يضع الله بين عينيه، وليعلم أن الإكراه ليس مبرراً للظلم.

٤- أن يتورع المسلم من تزكية من لا يعرفه تمام المعرفة فإن تزكيته له سيترتب عليها قبول شهادته، وقد يكون ظالماً أو فاجراً، فتضيع الحقوق فتكون أيها المزكي شريكاً في الإثم واستحقاق العقوبة.

وإن مما يؤسف له ما نرى في المحاكم وكتابات العدل عندما يطلب منهم بعض الأشخاص تزكيته؛ لأنه شاهد في قضية: نجدهم يبادرون بإعطائه بطاقات الأحوال المدنية، ويزكونه، وهم لا يعرفونه البتة جاهلين، أو ناسين، أو متناسين، ما يترتب على تزكيتهم من ضياع الحقوق، أو أكلٍ لأموال الناس بالباطل.

٥- رجائي من إخواني القضاة - عندما يرجع شخص عندهم عن شهادته على قضية، أو يرجع في تزكيته لشاهد - أن يتحققوا من أسباب الرجوع؛ لأنه ربما رجع تحت وطأة الإكراه، أو الإغراء، أو أنواع الضغوط النفسية التي ينبغي اعتبارها في الحكم، والله الموفق.



في ضوء نص المادة ٣٥ من نظام المرافعات الشرعية
(الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٣٤ في ٢٤/ ٥/ ١٤٣٥هـ)

بحث محكم

إعداد د. أحمد صالح مخلوف

أستاذ القانون التجاري المساعد بمعهد الإدارة العامة - الرياض

ملخص البحث

بيّن الباحث التالي:

– تعريف التالي:

المحاكم التجارية: إحدى محاكم الدرجة الأولى التابعة لولاية جهة القضاء العام، تختص بالفصل في الدعاوى التجارية المختلفة.

الاختصاص النوعي: توزيع العمل بين طبقات المحاكم داخل الجهة القضائية الواحدة على أساس نوع الدعوى.

– مدى تعلق هذا الاختصاص بالنظام العام.

– تشكيل المحكمة التجارية استنادا إلى نظام القضاء.

– أن المجلس الأعلى للقضاء لم يحدد الدوائر التي تتكون منها المحاكم التجارية، ورأى البحث الإسراع في تحديد هذه الدوائر حتى تكتمل الوظيفة القضائية للمحاكم التجارية، والبدء بإنشاء ثلاث دوائر أساسية قابلة للزيادة في المستقبل وهي: دائرة الأوراق التجارية، دائرة منازعات العقود التجارية، دائرة الشركات التجارية والإفلاس.

– بين البحث النزاعات التي تدخل في اختصاص المحاكم التجارية استنادا إلى نص المادة الخامسة والثلاثين من نظام المرافعات الشرعية، وهي:

أ – جميع المنازعات التجارية الأصلية والتبعية التي تحدث بين التجار.

ب – الدعاوى التي تقام على التاجر بسبب أعماله التجارية الأصلية والتبعية.

ج – المنازعات التي تحدث بين الشركاء في الشركات.

د – جميع الدعاوى والمخالفات المتعلقة بالأنظمة التجارية دون إخلال باختصاص ديوان المظالم.

هـ ـ دعاوى الإفلاس والحجر على المفلسين ورفعه عنهم.

و – المنازعات التجارية الأخرى.

– الاستثناءات الواردة على اختصاص المحكمة التجارية بالأعمال التجارية بالتبعية منها: حوادث السير الناجمة عن مركبات التاجر.

– الاستثناءات الواردة في بعض الأنظمة، التي ينعقد الاختصاص في نظر الدعوى للمحكمة الإدارية، مثل: نظام الأسماء التجارية.

– مثّل للمنازعات التجارية الأخرى المنصوص عليها في المادة ٣٥ من نظام المرفعات الشرعية مثل: المنازعات المصرفية.

– تنازع الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية وكيفيّة حلّه، وأن صور تنازع الاختصاص ثلاثة هي:

التنازع الإيجابي، والتنازع السلبي، وصدور حكمين متناقضين في ذات موضوع الدعوى.

– إجراءات الفصل في طلب فض التنازع تكون بتقديم صحيفة إلى الأمانة العامة للمجلس الأعلى للقضاء، متضمنة تعيين الجهة المختصة بنظر الدعوى في حالة التنازع الايجابي أو التنازع السلبي، أو لطلب تحديد الحكم المتعين تنفيذه في حالة صدور حكمين نهائيين متناقضين.

مقدمة

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد بن عبدالله، وعلى آله وصحبه اجمعين.

وبعد، فقد استحدث نظام القضاء الصادر عام ١٤٢٨هـ إنشاء محاكم متخصصة بالدرجة الأولى من درجات التقاضي، ورد النص عليها في المادة التاسعة، وهي المحاكم العامة، والمحاكم الجزائية، والمحاكم العمالية، ومحاكم الأحوال الشخصية، والمحاكم التجارية.

وتفعيلاً لدور هذه المحاكم في ممارسة وظيفتها القضائية، نص نظام المرافعات الشرعية الصادر في بداية هذا العام، وتحديدا في ٢٢ / ١ / ١٤٣٥هـ على الاختصاصات الممنوحة لها في الفصل الثاني من الباب الثاني (المواد ٣١-٣٥).

وتُشكل هذه المحاكم في مجموعها تطوراً ملحوظاً على نظام القضاء بالمملكة، باعتبار أن كل منها تتفرد للنظر في اختصاص موضوعي محدد من أنواع المنازعات، وهو الأمر الذي يساهم في سرعة الفصل في القضايا، وتقليل الأخطاء المحتملة في الأحكام.

موضوع البحث وأهميته:

وقد تخيرت أن اتناول الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية من بين محاكم الدرجة الأولى المتخصصة موضوعاً لهذا البحث، على إثر صدور قرار المجلس

الأعلى للقضاء رقم ٨٦٠ / ٨ / ٣٥ وتاريخ ٧ / ٦ / ١٤٣٥هـ والمتضمن أن تباشر المحاكم التجارية وكذلك الدوائر التجارية اختصاصاتها المنصوص عليها في المادة ٣٥ من نظام المرافعات الشرعية اعتبارا من تاريخ ٩ / ٣ / ١٤٣٦هـ[1]، ليتم بذلك تفعيل نظام القضاء في مزاولة المحاكم التجارية للاختصاصات الممنوحة لها.

وقد جاء نص القرار على النحو التالي:

"يتم سلخ الدوائر التجارية التابعة لديوان المظالم بقضاتها ومعاونيهم ووظائفهم الى المحاكم التجارية، وتباشر هذه الدوائر اختصاصاتها المنصوص عليها في المادة (٣٥) من نظام المرافعات الشرعية اعتبارا من ٩ / ٣ / ١٤٣٦هـ. ويتم سلخ دوائر التدقيق التجاري التابعة لديوان المظالم بقضاتها ومعاونيهم ووظائفهم من ديوان المظالم الى محاكم الاستئناف، وتباشر هذه الدوائر اختصاصاتها المنصوص عليها في المادة (٣٥) من نظام المرافعات الشرعية اعتبارا من ٩ / ٣ / ١٤٣٦هـ".

ولا شك أن القرار المذكور يجسد إرادة المنظم السعودي في وجود محاكم تجارية تختص بالفصل في مختلف الدعاوى والمنازعات التجارية من قبل قضاة متخصصين، وهو الأمر الذي يحقق سرعة الفصل في القضايا المعروضة عليهم بما يتوافق مع طبيعة المعاملات التجارية، ومن ثم ضمان حسن سير العدالة.

وهكذا تكمن أهمية البحث في إنه يتناول الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية

(١) ويأتي هذا القرار تطبيقاً لما ورد في آلية العمل التنفيذية لنظامي القضاء وديوان المظالم المصادق عليها بالمرسوم الملكي رقم (م/٧٨) وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ، والتي نصت في الفقرة السادسة من البند ثامنا على أن تسلخ الدوائر التجارية التابعة لديوان المظالم بقضاتها ومعاونيهم ووظائفهم إلى المحاكم التجارية. وتسلخ كذلك دوائر التدقيق التجاري بقضاتها ومعاونيهم ووظائفهم من ديوان المظالم إلى محاكم الاستئناف، ويكون ذلك بعد تهيئة مقار تلك المحاكم، ومباشرتها اختصاصاتها، على أن يستمروا بالعمل في تلك المحاكم مدة لا تقل عن خمس سنوات وبالتخصص نفسه المنقولين منه ولا يمنع ذلك من تكليفهم إكمال النصاب من دوائر أخرى.

باعتبارها محاكم مستحدثة لم يكن لها وجود في ظل نظام القضاء السابق، كما إنها المحاكم التي أصبح لها الاختصاص الشامل بنظر المنازعات التجارية المختلفة تحت مظلة قضاء واحد، بعد أن كانت تلك المنازعات يغلب عليها التشتت بين أكثر من جهة اختصاص(٢).

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في صعوبة معالجة الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية في ظل ما ورد من اختصاصات عديدة لها بالمادة ٣٥ من نظام المرافعات الشرعية، والتى تحتاج كل منها إلى بيان دقيق لها، لئلا يحدث تنازع في الاختصاص بينها وبين الجهات القضائية الأخرى في المملكة، خاصة وقد صدرت اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية دون أن تتضمن شرحاً أو تعليقاً على المادة المذكورة. كما تكمن مشكلة البحث في إنه لم يصدر عن المجلس الأعلى للقضاء حتى الآن بيان بالدوائر التي تتكون منها المحاكم التجارية، حتى يمكن توزيع الاختصاصات الممنوحة لها بين هذه الدوائر.

منهج وخطة البحث:

وقد اعتمد منهج البحث للتغلب على المشكلة المطروحة بالعناية باستقراء النصوص الواردة في نظام المرافعات الشرعية الجديد (المنهج الاستقرائي)، وتحليلها بالاستعانة بآراء شراح القانون التجاري، ونصوص القوانين التجارية الواردة في الأنظمة المقارنة

(٢) نلاحظ هذا التشتت على سبيل المثال في تولي الدائرة التجارية بديوان المظالم الاختصاص بالفصل في منازعات الشركات التجارية، والإفلاس، والأعمال والعلامات التجارية، واختصاص المحاكم العامة بالحجر على السفهاء والمفلسين، وتولي اللجان شبه القضائية الاختصاص بالفصل في منازعات الأوراق التجارية، والمنازعات المصرفية، والمنافسة غير المشروعة بين التجار إلى غير ذلك.

(المنهـج التحليلي) كما اعتمد البحث على ما صـدر من أحكام في القضـاء التجاري سـعودياً وأجنبياً من أجل الوصول إلى اسـتخلاص النتائج، والخروج برؤى وأحكام سليمة يتوصل بها إلى مقترحات وحلول مقبولة نعرض لها في خاتمة هذا البحث.

وقد سلك الباحث في تناول هذا النهج خطة موزعة على النحو التالي:

مبحث تمهيدي: ونتناول فيه التعريف بالمحكمة التجارية وبيان تشكيلها.

مبحـث أول: ونتناول فيـه تحديد الاختصـاص النوعي للمحاكـم التجارية وذلك بالرجوع إلى المادة ٣٥ من نظام المرافعـات الشرعية التي عددت الدعاوي والمنازعات التي تدخل في اختصاصاتها، حيث نعرض لها بحسب الترتيب الذي وردت عليه.

مبحث ثان: ونتناول فيه تنازع الاختصاص الذي يمكن أن يثور بين المحاكم التجارية والجهات القضائية الأخرى بشأن الدعاوي التي تنظرها، بما في ذلك هيئات التحكيم.

مبحث تمهيدي
التعريف بالمحكمة التجارية وبيان تشكيلها

تمهيد وتقسيم:

يقـوم التنظيم القضـائي في المملكـة العربية السـعودية على الأخذ بمبدأ القضـاء المزدوج، والذي يقوم على وجود جهتين قضائيتين تتوليان الفصل في المنازعات، جهة القضـاء العام التي تتبـع وزارة العدل، وجهة ديوان المظالم (القضـاء الإداري) التي تتبع جلالة الملك مباشرة[٣]. ويختص القضـاء العام بالنظر في كافة المنازعات باستثناء

(٣) تنص المادة الأولى من نظام الديوان على ما يلي: "ديوان المظالم هيئة قضاء إداري مستقلة، يرتبط مباشرة بالملك، ويكون مقره مدينة الرياض".

المنازعات الإدارية التي يختص بها ديوان المظالم. وهو ما أوضحته المادة ٢٥ من نظام القضاء بقولها: "دون إخلال بما يقضي به نظام ديوان المظالم تختص المحاكم بالفصل في جميع القضايا وفق قواعد اختصاص المحاكم المبينة في نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية".

ولأن القضاء العام هو صاحب الولاية العامة، والاختصاص الشامل بالفصل في كافة القضايا، فقد حرص نظام القضاء في المادة التاسعة على إنشاء خمس محاكم متخصصة تغطي أوجه الفصل في مختلف القضايا، وهي: المحاكم العامة، والمحاكم الجزائية، والمحاكم العمالية، ومحاكم الأحوال الشخصية، والمحاكم التجارية. وقد جاء توزيع الاختصاصات على هذه المحاكم بحسب تحديد نصيب كل منها من المنازعات التي يجوز الفصل فيها داخل جهة القضاء العام، أي بحسب طبيعة كل منازعة داخل الجهة القضائية الواحدة.

وسوف نتناول التعريف بالمحكمة التجارية وبيان تشكيلها في مطلبين متتاليين، فنخصص المطلب الأول لتعريف المحكمة التجارية، ونخصص المطلب الثاني لبيان تشكيلها.

المطلب الأول
تعريف المحكمة التجارية

يمكن تعريف المحكمة التجاريـــة (Tribunal de Commerce) بأنها إحدى محاكم الدرجة الأولى التابعة لولاية جهة القضاء العام، والتي تختص بالفصل في الدعاوى والمنازعات التجارية المختلفة وفقا لما هو منصوص عليه في نظام المرافعات الشرعية. وتعد المحكمة التجارية على هذا النحو محكمة متخصصة، إذ إنها لا تفصل سوى في طائفة معينة من المنازعات هي المتعلقة بالأعمال التجارية.

ولأن طبيعــة الأحكام الصــادرة مــن المحاكم التجاريــة أحكاما ابتدائيــة فإنه يجوز الاعتراض عليها أمام محاكم الاستئناف بدوائرها التجارية، وذلك تطبيقا لمبدأ التقاضي على درجتين الذي تبناه التنظيم القضائي الجديد بالمملكة(٤).

وتتبايــن الأنظمة القضــائية في العالم من إنشــاء محاكم متخصصــة للفصــل في المنازعات التجارية. فبينما تتجه بعض الأنظمة القضــائية إلى جعل المنازعات التجارية تنظر أمــام نفس المحاكم العامة (المدنية)، كما هو الحال في النظام القضــائي المصري والأردني(٥)، تتجه أنظمة قضــائية أخرى إلى تخصــيص محاكم للفصل في المنازعات

---

(٤) يقصد بمبدأ التقاضي على درجتين إتاحة الفرصة للخصم الذي صدر الحكم لغير صالحه بمحكمة الدرجة الأولى أن يعرض النزاع أمام محكمة أعلى درجة وهي محكمة الاستئناف لتفصل فيه من جديد. ومن ثم تنقسم المحاكم وفقا لهذا المبدأ الى مجموعتين: محاكم الدرجة الأولى وهي التي تنظر النزاع لأول مرة، ومحاكم الدرجة الثانية والتي تنظر النزاع للمرة الثانية، والوسيلة العملية لطرح النزاع على محاكم الدرجة الثانية هي الاستئناف. (انظر) مؤلف الدكتور/ احمد مخلوف بعنوان: "الوسيط في شرح التنظيم القضائي الجديد بالمملكة العربية السعودية". الناشر مركز البحوث بمعهد الإدارة العامة، ط. ١٤٣٤هـ، ص ٥٥.

(٥) يأخذ النظام القضائي المصري بتخصيص محاكم تجارية جزئية في كل من محافظتي القاهرة والإسكندرية فقط، بينما يتم الفصل في المنازعات التجارية في سائر المحافظات الأخرى عن طريق دوائر تجارية داخل المحاكم المدنية (العامة). أنظر: مصطفى كمال طه: "القانون التجاري"، ١٩٩٦، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص١٠٣و١٠٤.

التجارية كما هو الحال في النظام القضائي المغربي(٦)، والنظام القضائي الفرنسي(٧).

ولاشك أن وجود محاكم تجارية متخصصة للفصل في المنازعات التجارية هو أمر يحقق مزايا عديدة، نظرا لما تتسم به المعاملات التجارية من طبيعة خاصة تختلف عن طبيعة المعاملات المدنية(٨).

والأصل أن توجد المحكمة التجارية في كل منطقة ومحافظة ومركز، غير أن المادة الثالثة والعشرين من نظام القضاء قد نصت على إنه يجوز إنشاء دوائر تجارية في المحاكم العامة الواقعة في المراكز والمحافظات التي لم تنشأ فيها محاكم متخصصة متى دعت الحاجة إلى ذلك، ويكون لهذه الدوائر اختصاصات المحاكم المتخصصة.

ويستخلص من هذا النص إن المحاكم التجارية لن تغطي كافة المراكز والمحافظات

(٦) استحدثت المحاكم التجارية بالمملكة المغربية بالقانون القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٩٥، ويبلغ عددها في الوقت الحالي ثماني محاكم تجارية في كل من الرباط ، الدار البيضاء، فاس، طنجة، مراكش، أغادير، مكناس، ووجدة. كما تم استحداث محاكم استئناف تجارية، وغرفة تجارية بالمجلس الأعلى. انظر الموقع الالكتروني لوزارة العدل المغربية. http://www.justice.gov.ma

(٧) يوجد نحو ١٩٠ محكمة تجارية تغطى كل أنحاء فرنسا. وفي حالة عدم وجود محكمة تجارية في منطقة ما فإن محكمة الخصومة الكبري (T.G.I) هي التي تتولى نظر النزاع بدوائرها التجارية وفقا للقواعد الإجرائية التجارية. كما توجد دوائر تجارية بمحاكم الاستئناف، ودائرة تجارية بمحكمة النقض. انظر مؤلف : Jean Vincent et Serge Guinchard، "Procédure civile". ٢٥ éd. Dalloz، ١٩٩٩، p. ٣٠٤. Alain Couret et Jean – Jacques Barbieri، "Droit commercial". Edition Sirey ١٣ éd، ١٩٩٦. P. ١٠.

(٨) ومن مظاهر هذا الاختلاف: قيام المعاملات التجارية على مبدأ حرية الإثبات، وقد أكد القرآن الكريم هذا المعنى في قوله تعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ البقرة: ٢٨٢ إلى ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا﴾ البقرة: ٢٨٢ . كما تقوم المعاملات التجارية على افتراض التضامن بين المدينين التجار، وعدم منح المدين التاجر مهلة قضائية للوفاء بديونه، وشهر إفلاسه إذا توقف عن دفعها، مع تطبيق نظرية الصلح الواقي من الإفلاس، كذلك تكون الأحكام التجارية مشمولة بالنفاذ المعجل على خلاف الأحكام المدنية، إلى غير ذلك من أحكام تستجيب إلى ما تتميز به الأعمال التجارية من سرعة وائتمان والبعد عن الشكليات. انظر د. فوزي محمد سامي "القانون التجاري" عمان - المكتبة القانونية ٢٠٠١، ص ٨. وانظر كذلك بحث الدكتور/ يوسف بن عبدالله الخضير بعنوان: "الأعمال التجارية المفردة وتطبيقاتها القضائية". منشور بمجلة العدل، العدد ٤٤ (شوال ١٤٣٠هـ) ص ٧٢ : ١١٨.

بالمملكة – على الأقل في المرحلة الحالية – ومن ثم سوف تقوم المحاكم العامة بممارسة اختصاصات المحاكم التجارية من خلال دوائر تجارية بها لحين إنشاء محاكم تجارية بتلك المحافظات في المراكز التابعة لها.

وبالفعل فقد أصدر المجلس الأعلى للقضاء في ١٣ / ٣ / ١٤٣١هـ قراره الآتي تنفيذاً لما جاء في آليته التنفيذية في الفقرات (الثانية، والخامسة، والعاشرة) من البند ثامناً:

١- انشاء محكمة تجارية في مدينة الرياض.

٢- إنشاء محكمة تجارية في مدينة الدمام.

٣- إنشاء محكمة تجارية في محافظة جدة.

٤- إنشاء دوائر قضائية مؤلفة من ثلاثة قضاة للنظر في القضايا التجارية في المحاكم العامة في كل من: مكة المكرمة، المدينة المنورة، بريدة، حائل، أبها، جازان، نجران، الباحة، عرعر، سكاكا، تبوك. وتقوم وزارة العدل بتوفير ما يتطلبه عمل هذه المحاكم من مقرات وتجهيزات وتوفير الوظائف الادارية والفنية لعمل هذه المحاكم والدوائر القضائية التجارية.

وبذلك يستوي الحكم الصادر من المحاكم العامة بدوائرها التجارية مع الحكم الصادر من المحاكم التجارية، حيث يمكن الاعتراض على كل منهما سواء بسواء أمام محاكم الاستئناف.

طبيعة الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية:

يُعرف الاختصاص النوعي بأنه توزيع العمل بين طبقات المحاكم داخل الجهة القضائية الواحدة على أساس نوع الدعوى، حيث يمنح للمحكمة النظر في النزاع استنادا إلى نوعه[٩].

(٩) انظر في تعريف الاختصاص النوعي: عبد الهادى عباس "الاختصاص القضائي واشكالاته". دار الانوار للطباعة، دمشق – ١٩٨٣، ص ١٤٥. وانظر في المؤلفات الفرنسية:
E. Glasson، A. Tissier، "Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire". Dalloz، 3eédition، Paris 1925.، no 194.

وقـد حدد نظام المرافعات الشرعية الاختصـاص النوعي لمحاكم الدرجة الأولى في الفصـل الثاني من البـاب الثاني بدءا من المـواد الحادية والثلاثين الى المواد الخامسـة والثلاثين، حيث تناول في المادة الأخيرة الاختصـاص النوعـي للمحاكم التجارية، بما لا يمكن معه لمحاكم الدرجة الأولـى الأخرى النظر في ذات المنازعات، وهو ما يحصر سـلطة المحكمة التجارية فيما جرى تحديده. وهذا يعني أن قواعد الاختصاص النوعي الواردة في نظام المرافعات الشرعيـة هي قواعد آمرة تتعلق بالنظام العام، بمعنى إنه لا يجوز لأطراف النزاع مخالفتها، لأنها تمس التنظيم القضـائي من حيث توزيع القضايا بـين مختلف المحاكم على أسـاس نوع الدعوى. وبعبارة أخرى، فـإن المنظم بتوزيعه العمـل بين المحاكم المختلفة لابد أن يكون قد قـدر أن الإخلال بهذا التنظيم يؤدي إلى الاضطراب والاختلال على نحو يضر بالمصلحة العامة التي هي عنوان النظام العام.

وعلى ذلك إذا صـدر حكم في منازعة تجارية من المحكمة العامة أو المحكمة العمالية فإن هذا الحكم يقع باطلا لمخالفته قواعد الاختصاص النوعي، حتى ولو جاء متفقا في حل النزاع الموضوعي مع صحيح النصوص الشرعية أو النظامية. ومن ثم يتعين على تلـك المحكمة أن تحكم من تلقاء ذاتها بعدم اختصاصـها بنظر النزاع دون توقف على إثارته والتمسـك به من قبل الخصوم. كما يمكن للخصوم إثارة الدفع بعدم اختصاص المحكمة والتمسك به في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، ولو كان ذلك لأول مرة أمام المحكمة العليا[١٠].

وفي هذا تنص المادة ٧٦ من نظام المرافعات الشرعية على أن الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها، أو بسبب نوع الدعوى .... يجوز الدفع به في أي مرحلة

(١٠) د. عبد الهادى عباس – المرجع السابق – ص ٣٤٨.

تكون فيها الدعوى وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها". كما نصت المادة ١٩٩ من نفس النظام على أنه لا يجوز التمسك أمام المحكمة العليا بسبب لم يرد في مذكرة الاعتراض ما لم يكن السبب متعلقا بالنظام العام، فتأخذ به المحكمة من تلقاء نفسها"[11].

الفصل في الدفع بعدم الاختصاص النوعي:

الأصل أن تفصل المحكمة التجارية في الدفع بعدم اختصاصها النوعي قبل الفصل في موضوع الدعوى، لأن الفصل في الدفع بعدم الاختصاص قد يغنيها عن التعرض للموضوع، وذلك إذا ما حكمت بعدم اختصاصها، الأمر الذي يوفر وقت وجهد القضاة والمتقاضين.

فإذا رأت المحكمة التجارية إنها لا تستطيع الفصل في الدفع بعدم الاختصاص إلا بعد البحث في الموضوع لتتبين ما إذا كانت تقضي في الدفع بقبوله أو برفضه، فحينئذ يجوز للمحكمة أن تأمر بضم الدفع إلى الموضوع لتقضي فيهما معا، على أن تبين ما حكمت في كل منهما على حدة. وهذا ما نصت عليه المادة ٧٧ من نظام المرافعات الشرعية بقولها:"تحكم المحكمة في الدفوع المنصوص عليها في المادتين (الخامسة والسبعين والسادسة والسبعين) من هذا النظام على استقلال، ما لم تقرر ضمها إلى موضوع الدعوى، وعندئذ تبين ما حكمت به في كل من الدفوع والموضوع".

فإذا انتهت المحكمة التجارية من بحثها في الدفع بعدم الاختصاص إلى إنها مختصة بنظر الدعوى، حكمت برفض الدفع واستمرت في نظر الدعوى، كما لها أن تتابع

---

(١١) وهذا على خلاف الاختصاص المكاني الذي يجب التمسك به أمام المحكمة وإلا سقط الحق فيه، وهو ما ما نصت عليه المادة ٧٥ من نظام المرافعات الشرعية بقولها: أن الدفع ببطلان صحيفة الدعوى، أو بعدم الاختصاص المكاني، .... يجب إبداؤه قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى، أو دفع بعدم القبول، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها".

النظر في الموضوع دون الرد على الدفع بعدم الاختصاص وهذا يعنى الرفض الضمني للدفع[١٢].

أما إذا قضت بقبول الدفع بعدم الاختصاص زالت الدعوى أمامها، ولا تملك معاودة التصدي للنظر في موضوعها، إلا إذا ألزمها بذلك المرجع الأعلى لها عن طريق الطعن. وهذا يتصور إذا ما قررت محكمة الاستئناف إلغاء حكم المحكمة التجارية القاضي بعدم اختصاصها، كما يتصور كذلك إذا ما ألغت المحكمة العليا حكم محكمة الاستئناف لمخالفته قواعد الاختصاص، إذ تحال الدعوى عندئذ إلى محكمة الدرجة الأولى التجارية لا إلى محكمة الاستئناف تطبيقاً لمبدأ التقاضي على درجتين[١٣].

المطلب الثاني
تشكيل المحكمة التجارية

نصت المادة الثانية والعشرون من نظام القضاء على أن يتم تشكيل المحكمة التجارية من دوائر متخصصة، وتُكون كل دائرة من قاضٍ فرد أو أكثر، وفق ما يحدده المجلس الأعلى للقضاء.

أما الدوائر التجارية بمحاكم الاستئناف فقد نصت المادة الخامسة عشرة على أن تؤلف من ثلاث قضاة باستثناء الدائرة الجزائية التي تنظر في قضايا القتل والقطع والرجم والقصاص في النفس أو فيما دونها فتؤلف من خمس قضاة، ولا تقل درجة القاضي في

(١٢) د. أحمد السيد الصاوي: "الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية". دار النهضة العربية ١٩٨١، ص ٢١٤.

(١٣) تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٨٦ من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية على إنه إذا نقضت المحكمة العليا الحكم لمخالفته الاختصاص فيعد قرارها في تعيين المحكمة ملزماً". انظر لاحقا المطلب الأول من المبحث الثاني في تنازع الاختصاص بين المحكمة التجارية وغيرها من محاكم الدرجة الأولى.

محكمة الاستئناف عن درجة قاضي استئناف ويكون لكل دائرة رئيس.

ويستفاد من هذين النصين تبني نظام القضاء السعودي لكل من مبدأ القاضي الفرد ومبدأ تعدد القضاة عند الفصل في المنازعات التجارية[١٤].

ولا يعد كاتب الضبط على خلاف أنظمة قضائية أخرى عنصر أساسي في تشكيل المحكمة التجارية، إذ بعد أن نصت المادة السادسة من نظام المرافعات الشرعية على وجوب أن يحضر مع القاضي في الجلسات وفي جميع إجراءات الدعوى كاتب يحرر محضر الجلسة ويوقعه مع القاضي، أضافت في الشطر الأخير منها: "وإذا تعذر حضور الكاتب فللقاضي تولى الإجراء وتحرير المحضر".

وفي تقديري أن حضور كاتب الضبط أمر لا غنى عنه، خاصة بالنسبة للمحاكم التجارية، نظرا لما يقوم به من دور هام في صحة العمل القضائي كاستلام الدفاتر التجارية من الخصوم وحفظها بمعرفته، وكذلك في حفظ كل ما يتم تقديمه من قبل التجار أثناء سير الدعوى كالأوراق والمستندات المتعلقة بالسجل التجاري وغيرها.

ولهذا تنص الأنظمة القضائية المقارنة على بطلان العمل الإجرائي إذا تخلف كاتب الضبط عن الحضور. ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٢٥ من قانون المرافعات المصري بقولها: "يجب أن يحضر مع القاضي في الجلسات وفى جميع إجراءات الإثبات كاتب يحرر المحضر ويوقعه مع القاضي وإلا كان العمل باطلاً".

ويعلق الفقه القانوني على هذا النص بقوله: "فكاتب الضبط يساعد القاضي في أعماله كعنصر في تشكيل المحكمة، فهو يحضر الجلسة، وحضوره ضروري لانعقادها، ويقوم في الجلسة بكتابة محضر يثبت فيه ما يحدث بها من وقائع. ومن ناحية أخرى،

---

(١٤) انظر في مزايا وعيوب كل من نظامي القاضي الفرد وتعدد القضاة مؤلف الدكتور/ احمد مخلوف: "الوسيط في شرح التنظيم القضائي الجديد بالمملكة العربية السعودية". مرجع سابق، ص ٥٧ – ٥٩.

يوقع الكاتب على نسخة الحكم الأصلية، وفي كل هذا يعتبر اشتراكه ضروريا لصحة النشاط القضائي"[(١٥)].

وفي تقديري إنه يمكن إدخال تعديل على نص المادة السادسة من نظام المرافعات الشرعية يقضي بأنه إذا تعذر حضور كاتب الضبط تعين ندب كاتب ضبط آخر أو تأجيل الدعوى، وإلا كان العمل باطلاً". ذلك أن القاضي لا يستطيع القيام بأداء مهمته على الوجه الأكمل مع إثبات العمل بالكتابة، لأن ذلك يعوقه عن النظر في الخصومات، بالإضافة إلى أنه أنفى للتهمة عن القاضي، وأثبت له من الشفوية، وأضبط للعمل القضائي[(١٦)]. أما بالنسبة لتوقيع كاتب الضبط على الحكم، فهو ليس أمرا لازما، ولا يترتب على عدم توقيعه بطلان، إذ الحكم كعمل إجرائي ليس من عمل الكاتب[(١٧)].

الدوائر التي تتكون منها المحاكم التجارية:

لم يحدد المجلس الأعلى للقضاء الدوائر التي تتكون منها المحاكم التجارية، ونرى أن يكون معيار تحديد هذه الدوائر بالنظر إلى نوعية المنازعات التي تنظرها المحكمة،

(١٥) د. فتحي والي: "الوسيط في قانون القضاء المدني". دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة ٢٠٠١، ص ٢٢٢، بند ١٣٢.

(١٦) جاء في المغني لابن قدامة (٥٣/١٤) أن القاضي تكثر أشغاله ونظره، فلا يمكن أن يتولى الكتابة بنفسه، وإن أمكنه تولي الكتابة بنفسه جاز، والاستنابة فيها أولى. وقوله رحمه الله والاستنابة فيها أولى يدل على أن الأمر قد يكون فيه مشقة على القاضي إذ ينشغل بعبء الكتابة عن أداء واجب القضاء كمهمة متعبة تتطلب خلو الذهن ومتابعة دقيقة لأقوال الخصوم ودراسة أدلة كل منهم، وهو ما يخلص معه بعض الباحثين إلى أن اتخاذ القاضي للكاتب أمرا واجبا وليس مستحبا. انظر عايض أحمد آل مدرة – المرجع السابق – ص ٢٠٥، وانظر د. فؤاد عبد المنعم والحسين على غنيم – "الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي مع التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية، ومصر، والكويت". مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة ١٤١٤ هـ، ص ١١٧.

(١٧) ويتفق هذا التعديل مع العناية الخاصة التي اولتها وزارة العدل بالمملكة لوظائف كُتاب الضبط، حيث تطلبت أن يكون شاغلها حاصلا على الدرجة الجامعية في تخصص الشريعة أو ما يماثلها (التعميم رقم (٢٦/٨٨٦٦٣) الصادر في ١٦ شوال من عام ١٤٢٦هـ.)، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أهمية كاتب الضبط كعون للقاضي، وفي كونه ركيزة أساسية لضبط العمل القضائي.

وحجم القضايا في كل منها.

وفي تقديري إنه يتعين الإسراع في تحديد هذه الدوائر حتى تكتمل الوظيفة القضائية للمحاكم التجارية، ويمكن البدء بإنشاء ثلاث دوائر أساسية قابلة للزيادة في المستقبل وهي: دائرة الأوراق التجارية، دائرة منازعات العقود التجارية، دائرة الشركات التجارية والإفلاس. على أن يتم استحداث دائرة رابعة للمنازعات المصرفية في حال أن قرر المجلس الأعلى للقضاء في دراسته انتقال الفصل في هذه المنازعات للمحاكم التجارية.

هذا وقد أوضحت آلية العمل التنفيذية لنظامي القضاء وديوان المظالم كيفية استكمال الوظائف الإدارية والفنية بالمحاكم التجارية(١٨).

تشكيل المحاكم التجارية من قضاة متخصصين:

حرص المجلس الأعلى للقضاء تحقيقا للوظيفة القضائية للمحكمة التجارية على تأهيل قضاة المحاكم العامة والمحاكم الجزئية ليصبحوا قضاة متخصصين في الفصل في الدعاوي والمنازعات التجارية، إيماناً منه بأن معالجة القضايا التجاريةمن قبل قضاة متخصصين يجعلهم يفصلون في المنازعات المعروضة عليهم بالسرعة التي تتطلبها الحياة التجارية وعلى نحو يتفق مع النصوص الشرعية والنظامية(١٩).

(١٨) نصت آلية العمل التنفيذية في البند ثامنا على أن تقوم اللجنة الفنية بالتنسيق بين المجلس الأعلى للقضاء ووزارة العدل خلال مدة لا تتجاوز (سنتين) من تاريخ نفاذ نظام القضاء بتحديد احتياجات كل محكمة تجارية من وظائف إدارية وفنية، واستحداثها في أول سنة مالية تالية للتحديد. وتخصيص بعض الوظائف الإدارية والفنية الشاغرة والمشغولة في المحكمة العامة للمحكمة التجارية التي تقع في منطقتها أو محافظتها. كما نصت الآلية المذكورة على توفير مقر لكل محكمة تجارية صدر بإنشائها قرار من المجلس الأعلى للقضاء، قبل مباشرتها اختصاصاتها بمدة كافية، ويراعى في المقر تناسبه مع طبيعة وحجم المنازعات التي تنظرها المحاكم التجارية.

(١٩) قام المجلس الأعلى للقضاء بوضع برنامج تدريبي لأصحاب الفضيلة من قضاة المحاكم العامة والمحاكم الجزئية الذين لديهم الرغبة في الالتحاق بالمحاكم المتخصصة، وجعل ترشيحهم يتم وفقا لقواعد موضوعية ورد منها: أن يتم تخصيص القضاة في المحاكم والدوائر المتخصصة في البلد الواحد بناء على رغباتهم، وعند المشاحة يقدم الأكثر تخصصاً، فإن تساووا فالأكفأ بموجب تقرير الكفاية الأخير، فإن تساووا فالأقدم في السلك القضائي، فإن تساووا فالأكبر سناً. ويقاس التخصص بمجموع درجات الخبرة العملية السابقة والبحوث المحكمة والدورات التدريبية في مجال التخصص.

ويذكـر انه قـد تم الانتهاء من تنفيذ ثلاث برامج تدريبية لقضـاة المحاكم التجارية، تحت رعاية المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية[٢٠]، نجحت في تأهيل أكثر من ثمانين قاضي حتى الآن. ويُعد هؤلاء القضاة النواة الأولى لمزاولة المحاكم التجارية لوظيفتها القضـائية، وذلك بجانب أقرانهم من قضاة الدوائر التجارية بديوان المظالم الذين انتقلوا للعمل في المحاكم التجارية تطبيقا لما نصت عليه آلية العمل التنفيذية لنظامي القضاء وديوان المظالم، والتي تضـمنت انسـلاخ الدوائر التجارية بقضـاتها ومعاونيهم ووظائفهم من ديوان المظالم إلى المحاكم التجارية، وكذا في انسـلاخ دوائر التدقيق التجاري بقضاتها ومعاونيهم ووظائفهم من ديوان المظالم إلى محاكم الاستئناف بدوائرها التجارية[٢١].

---

(٢٠) تأتى هذه البرامج تنفيذا لما ورد في آلة العمل التنفيذية لنظام القضاء، والتي ورد فيها أن يقوم المجلس الاعلى للقضاء بعد التنسيق مع وزارة العدل والمعهد العالي للقضاء بإلحاق قضاة المحاكم التجارية وقضاة الدوائر التجارية في محاكم الاستئناف وفي المحاكم العامة في المحافظات والمراكز ببرنامج تدريبي في المعهد العالي للقضاء، وتعقد لهم حلقات علمية في المعهد نفسه لمدة لا تقل عن شهرين حول الأنظمة التجارية، يشارك في ذلك أهل الخبرة والاختصاص من القضاة وغيرهم. وقد اعتمدت هذه البرامج التدريبية على التركيز على المادة التجارية باعتبارها المحور الرئيسي في تأهيل قضاة المحاكم التجارية. حيث استهدف كل برنامج تدريبي العمل على تنمية مهارات القضاة في تطبيق أحكام الأنظمة التجارية المختلفة ومن أهمها: الشركات في النظام السعودي، الأوراق التجارية، العقود التجارية، الإفلاس والصلح الواقي منه، المخالفات المتعلقة بالأنظمة التجارية، طرق الإثبات في القضاء التجاري، البحث في الأنظمة التجارية ذات الصلة، المدخل إلى النظام التجاري، نظام المرافعات، الطرق البديلة لفض المنازعات التجارية، صياغة وتسبيب الأحكام. والواقع لقد نجحت تلك الدورات في تحقيق الهدف المنشود منها، باكتساب الذين شاركوا فيها من قضاة المحاكم العامة والمحاكم الجزئية المهارات اللازمة للفصل في مختلف المنازعات التجارية سواء تلك التي تثور بين التجار بعضهم البعض، أو بينهم وبين الغير. وقد كان للباحث شرف المشاركة في هذه البرامج بصفته متخصصا في القانون التجاري، حيث ساهم بجهد متواضع في بيان وظيفة المحكمة التجارية بالنسبة لقضايا الإفلاس والتسوية الواقية منه، وذلك في الدورتين التدريبيتين اللتين انعقدتا بالمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود في عامي ١٤٣٢/ ١٤٣٣، ١٤٣٣/١٤٣٤هـ.

(٢١) تأخذ بعض الأنظمة التجارية بانتخاب قضاة المحاكم التجارية كما هو الحال في فرنسا، حيث يتم تشكيل المحاكم التجارية من قضاة مهنيين يطلق عليهم (Juges Consulaires) وهم يعملون دون مقابل، ويتم انتخابهم من قبل التجار وأصحاب المشروعات لمدة تتراوح من عامين إلى ربع أعوام بما فيهم الرئيس، ويلتزمون بأداء القسم (Serment) قبل مزاولة أعمالهم. انظر:

Jean Vincent, Serge Guinchard "Procédure civile". 25 ed. Dalloz 1999. p.305, Alain Couret et Jean – Jacques Barbieri. "Droit commercial". Sirey 13 éd., p. 10 et s.

المبحث الأول
تحديد الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية

تمهيد وتقسيم:

أوضحت المادة ٣٥ من نظام المرافعات الشرعية الجديد تحديد الدعاوي والمنازعات التي تدخل في اختصاص المحاكم التجارية، فنصت على أن تختص المحاكم التجارية بالنظر في الآتي:

أ - جميع المنازعات التجارية الأصلية والتبعية التي تحدث بين التجار.

ب - الدعاوى التي تقام على التاجر بسبب أعماله التجارية الأصلية والتبعية.

ج - المنازعات التي تحدث بين الشركاء في الشركات.

د - جميع الدعاوى والمخالفات المتعلقة بالأنظمة التجارية دون إخلال باختصاص ديوان المظالم.

هـ - دعاوى الإفلاس والحجر على المفلسين ورفعه عنهم.

و - المنازعات التجارية الأخرى(٢٢).

(٢٢) حددت المادة ٧٢١ من قانون التجارة الفرنسي اختصاصات المحكمة التجارية على النحو التالي:

les litiges entre les entreprises, y compris en droit boursier et financier, en droit communautaire et en droit national en matière- de commerce et de concurrence ;

es litiges relatifs aux actes de commerce entre toutes les personnes ; l-

les litiges relatifs à une lettre de change ;-

les litiges opposant des particuliers à des commerçants ou à des sociétés commerciales dans l'exercice de leur commerce ; -

les contestations entre les associés d'une société commerciale.،-

les difficultés des entreprises : sauvegarde, redressement et liquidation.-

وحدد القانون المغربي في المادة الخامسة من قانون إحداث المحاكم التجارية رقم ٥٣ لسنة ١٩٩٥ اختصاص المحاكم التجارية على النحو التالي: ١- الدعاوي التي تتعلق بالعقود التجارية. ٢- الدعاوي التي تنشأ بين التجار والمتعلقة بأعمالهم التجارية. ٣- الدعاوي المتعلقة بالأوراق التجارية. ٤- المنازعات الناشئة بين شركاء في شركة تجارية. ٥- المنازعات المتعلقة بالأصول التجارية (المحل التجاري).

وفي ضوء هذا النص، سوف نتناول اختصاصات المحاكم التجارية بحسب الترتيب الذي أوردته المادة المذكورة، حيث نخصص لكل منها مطلباً مستقلاً.

المطلب الأول
اختصاص المحاكم التجارية بنظر جميع المنازعات التجارية الأصلية والتبعية التي تحدث بين التجار

ينعقد الاختصاص للمحاكم التجارية بنظر جميع المنازعات التجارية التي تنشأ بين التجار سواء عن أعمالهم التجارية الأصلية أو عن أعمالهم التجارية بالتبعية. ويشترط لكي ينعقد اختصاص المحكمة التجارية بنظر هذه المنازعات تحقيق شرطين معا وهما: توافر صفة التاجر في كل من طرفي النزاع، وأن تكون المنازعة ذي طبيعة تجارية. وسوف نتطرق لهذين الشرطين بشيء من الإيجاز.

الشرط الأول: توافر الصفة التجارية لأطراف النزاع:

عرَف نظام المحكمة التجارية الصادر في عام ١٣٥٠هـ التاجر بأنه "هو كل من اشتغل بالمعاملات التجارية واتخذها مهنة له" (المادة الأولى). ويتبين من هذا التعريف أن المنظم السعودي جعل الشرط الأساسي لاكتساب صفة التاجر هو احتراف الأعمال التجارية.

ويقصد بالاحتراف ممارسة الشخص للعمل التجاري على وجه التكرار والاعتياد، واتخاذه وسيلة للكسب والارتزاق(٢٣). ومن ثم فإن الأشخاص الذين يقومون بأعمال مدنية كالزراعة، أو يقومون بصناعات يدوية مثل أصحاب الحرف الصغيرة، كالخياط،

(٢٣) انظر د. عبد العزيز خليل "الأنظمة التجارية والبحرية السعودية". دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٨٤، ص ٤٠

والنجار، والحداد، والكهربائي، لا يكتسب أيا منهم صفة التاجر، ومن ثم لا تختص المحكمة التجارية بالمنازعات التي تنشأ عن أعمالهم.

ويجب أن يتوافر في الشخص الأهلية التي يتطلبها النظام لاحتراف الأعمال التجارية، وإلا فانه لا يكتسب صفة التاجر. وقد أوضحت المادة الرابعة من نظام المحكمة التجارية أن الأهلية تثبت لكل من كان رشيداً أو بلغ سن الرشد[٢٤].

وأخيراً يجب أن يكون احتراف العمل التجاري باسم الشخص الذي يزاوله ولحسابه، فالشخص الذي يقوم ببعض الأنشطة التجارية لحساب الغير لا يعتبر تاجراً. وهذا امر طبيعي لأن التجارة تقوم على عنصر الائتمان الذي هو عنصر شخصي يستتبع مسؤولية القائم بالعمل التجاري. ونتيجة لذلك فان العاملين المرتبطين بعقد عمل مع التاجر مثل البائعين بالمحل التجاري لا يكتسبون صفة التاجر[٢٥].

---

(٢٤) تحدد سن الرشد في المملكة بموجب قرار مجلس الشورى رقم ١١٤ وتاريخ ١٣٧٤هـ بثماني عشرة سنة هجرية. فمن بلغها كان أهلا لاكتساب صفة التاجر، وليس هناك فرق بين الرجل والمرأة في هذا الخصوص. فطبقا لأحكام الشريعة الإسلامية تعتبر المرأة كالرجل بالنسبة للتصرف في أموالها، ومن ثم يجوز للمرأة أن تكون شريكة متضامنة في شركة تضامن. وقد نص على ذلك التعميم الصادر من الإدارة العامة للشركات بوزارة التجارة تحت رقم ٩/ س ع / ٤٧٤٥ في ٢٧ / ٦ / ١٣٨٩هـ حيث ورد به (يحق للمرأة السعودية الرشيدة أن تكون شريكة فى أي شركة تضامن أو غيرها) ومن المسلم به أن الشريك المتضامن، يعتبر دائما تاجرا، ويسأل عن جميع التزامات الشركة مسئولية غير محددة بحصته. انظر محمد حسن الجبر: "القانون التجاري السعودي". الرياض – الطبعة الرابعة ١٩٩٦، ص ١٠٧.

(٢٥) يلاحظ إنه إذا مارس الشخص العمل التجاري متستراً وراء شخص آخر، فإن كل من الشخص الظاهر والشخص المستتر يكتسب صفة التاجر وفقا للرأي الراجح في الفقه. وذلك لأن الشخص المستتر - وهو في الغالب من الأشخاص الذين يحظر عليهم الاتجار - هو الذي يتاجر حقيقة، ومن غير المقبول ألا يكتسب هذه الصفة. أما الشخص الظاهر، فحماية الثقة المشروعة للغير من المتعاملين معه، توجب منحه هو الآخر صفة التاجر، وبذلك يتسنى إشهار إفلاسه إن هو توقف عن الدفع. انظر د. أكثم الخولى: "دروس في القانون التجاري السعودي" الناشر معهد الإدارة العامة ١٣٩٣هـ، ص ٦٤، د. سعيد يحيي – القانون التجاري السعودي، ص ٨٢، د. محمد حسن الجبر: "القانون التجاري السعودي". مرجع سابق - ص ١٠٧، د. مصطفى كمال طه: "القانون التجاري"، مرجع سابق، بند ٩٩.

الشرط الثاني: أن تكون المنازعة ذي طبيعة تجارية:

لا يكفى توافر الصفة التجارية لأطراف النزاع لانعقاد الاختصاص للمحاكم التجارية، بل لابد أن تكون المنازعة الناشئة بينهما من طبيعة تجارية سواء كانت أصلية أو تبعية. وعلى ذلك فالمنازعة التي تثور بين تاجرين وتكون منبتة الصلة عن نشاطهما التجاري لا تختص المحكمة التجارية بها. ومثال ذلك أن يكون النزاع بين التاجرين بشأن مسألة من مسائل الأحوال الشخصية كميراث أو وصية، أو يكون النزاع بينهما بشأن ارتكاب احدهما جريمة ضد الآخر مما تختص معه المحاكم الجزائية بالفصل فيها .

ويحسن بنا أن نقوم بتعريف كل من المنازعة التجارية الأصلية والمنازعة التجارية بالتبعية.

(أ) المنازعات الناشئة عن الأعمال التجارية الأصلية:

يمكن تعريف المنازعة التجارية الأصلية بأنها المنازعة التي تنشأ عن ممارسة الأعمال التجارية المنصوص عليها في المادة الثانية من نظام المحكمة التجارية[٢٦].

ب- كل مقاولة أو تعهد بتوريد أشياء أو علم يتعلق بالتجارة بالعمولة أو النقل براً أو بحراً أو يتعلق بالمحلات والمكاتب التجارية ومحلات البيع بالمزايدة يعني الحراج .

ج- كل ما يتعلق بسندات الحوالة بأنواعها أو بالصرافة والدلالة (السمسرة) .

د- جميع العقود والتعهدات الحاصلة بين التجار والمتسببين والسماسرة والصيارفة والوكلاء بأنواعهم وجميع المقاولات المتعلقة بإنشاء مبان ونحوها.

هـ- كل عمل يتعلق بإنشاء سفن تجارية أو شراعية وإصلاحها أو بيعها أو شرائها في الداخل والخارج وكل ما يتعلق باستئجارها أو تأجيرها أو بيع أو ابتياع آلاتها وأدواتها

---

(٢٦) وهي الأعمال التالية: أ- كل شراء بضاعة أو أغلال من مأكولات وغيرها لأجل بيعها بحالها أو بعد صناعة وعمل فيها .

ولوازمها وأجـرة عمالها ورواتب ملاحيها وخدمها وكل إقراض أو اسـتقراض يجرى على السـفينة أو شـحنها وكل عقود الضـمانات المتعلقة بها وجميع المقاولات المتعلقة بسائر أمور التجارة البحرية.

وقد جرى الفقه على تقسيم الأعمال المذكورة إلى نوعين من الأعمال، وهما الأعمال التجارية المنفردة والأعمال التجارية على سـبيل المقاولة. وسـوف نلقي نظرة على كل منها.

أولاً: الأعمال التجارية المنفردة:

وهي تلك الأعمال التي تثبت لها الصـفة التجاريـة دائماً، ولو وقعت منفردة، أي تم مزاولتها لمرة واحدة. وهذه المجموعة من الأعمال تشـمل كل من: شراء المنقول لأجل البيع بقصـد الربح، التعامل بالأوراق التجارية، أعمال الصرافة والبنوك، السـمسرة، وأعمال التجارة البحرية[٢٧].

ثانيا: الأعمال التجارية بطريقة المقاولة:

وهي الأعمال التي لا تعد تجارية إلا إذا تمت مباشرتها على سبيل الاحتراف أو المقاولة. وقد اسـتقر الرأي على أن لفظ "المقاولة" يتطلب تكرار القيام بهذه الأعمال على نحو متصل ومعتاد، ووفقا لتنظيم معد مسبقا لممارسة النشاط التجاري[٢٨].

وقد عدد نظـام المحكمة التجارية المقاولات التي تعتبر تجارية في الفقرة (ب) و (د) مـن المادة الثانيـة، فذكر في الفقـرة (ب) مقاولة التوريد، ومقاولـة الوكالة بالعمولة، ومقاولة النقل، ومقاولة محلات ومكاتب الأعمال، ومقاولة البيع بالمزاد. بينما ذكر في الفقرة (د) مقاولة إنشاء المباني.

(٢٧) د. اكثم أمين الخولي: "القانون التجاري السعودي". مرجع سابق، ص ٢١.
(٢٨) د. محمد حسن الجبر: "القانون التجاري السعودي". مرجع سابق - ص ٧٢، ٧٣.

وعلى ذلك ينعقد الاختصــاص للمحاكم التجارية بالفصــل في المنازعات التي تنشأ بين التجار عن الأعمال السابقة وأبرزها ما يلي:

١-اختصاص المحاكم التجارية بالفصل في منازعات العقود التجارية:

تختص المحاكم التجارية بالفصــل في منازعات العقــود التجارية وهي تلك العقود التي تنعقد بين التجار لتداول بضــائعهم وتسيير نشــاطهم التجاري. ويأتي في مقدمة هذه العقود عقد البيع الذي يعتبر وســيلة التاجر في تجهيز متجره ومزاولة نشــاطه التجاري ســواء في جلب المواد الخام أو توزيع منتجاته(٢٩). ويرتبط عقد البيع ببعض العقــود الأخرى المكملة لــه كعقد النقل الذي يكون ضروريا للتاجر لنقل بضــائعه(٣٠)،

(٢٩) لا يقف عقد البيع التجاري عند بيع البضائع والسلع، وإنما يشمل ذلك أيضا بيع المحل التجاري، وكذلك بيع أي عنصر من عناصره كالعلامات والأسماء التجارية. وإذا كان الفقه يستبعد عقود البيع الواردة على العقارات من نطاق الأعمال التجارية، إلا أن ذلك لم يعد في تقديري سائغا بعد إلغاء نظام المرافعات الشرعية الجديد في صدر ديباجته العبارة الواردة في عجز المادة الثالثة من نظام المحكمة التجارية التي جاء فيها (كما وان دعاوى العقارات وإيجاراتها لا تعد من الأعمال التجارية) إذ بحذف هذه العبارة أصبحت المعاملات الواردة على العقار داخلة في نطاق المعاملات التجارية. وبالتالي يكون شراء العقارات بقصد بيعها بربح عملا تجاريا، وكذلك يكون شراء العقار بقصد تأجيره عملا تجاريا. وحسنا فعل نظام المرافعات الشرعية بإلغاء تلك الفقرة. ذلك أن استبعاد المنازعات المتعلقة بالعقار من نطاق الأعمال التجارية كان له ما يبرره وقت صدور نظام المحكمة التجارية عام ١٣٥٠هـ، حيث لم تكن تجارة العقار تأخذ البعد الذي تؤسس عليه الأعمال التجارية، فقد كان يقتصر على بيع وشراء عقارات بسيطة أما في الوقت الحاضر فقد اتسعت تجارة العقار وتضخمت، وأصبح يتداول فيها أموال باهظة تفوق التعامل على المنقول. وهو ما دفع الكثير من الأنظمة التجارية المقارنة كالقانون اللبناني والفرنسي والكويتي والعراقي بإدراج شراء العقارات بقصد بيعها عملا تجاريا عندما يتخذ شكل التكرار والانتظام. انظر د. سعيد يحيى – المرجع السابق – ص ٤٣ هامش ١.

(٣٠) يقصد بعقد النقل كافة الوسائل التي يستخدمها التاجر لنقل البضائع أو الأشخاص سواء تمثلت في النقل البري، أو البحري، أو الجوي. ويشترط لاختصاص المحكمة التجارية بالفصل في المنازعات الناشئة عن عقود النقل، أن يكون الناقل له الصفة التجارية، سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا. ومن ثم إذا كان النقل الجوي والنقل بالسكك الحديدية يتم في المملكة العربية السعودية من خلال مؤسسات عامة، فإن هذه المؤسسات تقوم بعمل تجاري، ومن ثم تخضع لأحكام القانون التجاري. بينما لا يعد صاحب السيارة الأجرة الذي يتولى قيادتها بنفسه، أو صاحب العربة التي تجرها الدواب له الصفة التجارية، وذلك لتخلف عنصر المضاربة على عمل الغير، ومن ثم يكون الناقل هنا حرفيا، وبالتالي تخرج منازعات هذا النقل عن اختصاص المحاكم التجارية. انظر : اكثم أمين الخولي: "دروس في القانون التجاري السعودي – مرجع سابق – ص ٤٠، وانظر مصطفى رضوان: "مدونة الفقه والقضاء في القانون التجاري". الجزء الأول – منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ٥٢.

وعقد الوديعة الذي يقوم التاجر من خلاله بتخزين بضائعه ومنتجاته في الأماكن المعدة لذلك، وعقد الرهن إذا ما احتاج التاجر إلى نقود سائلة بضمان بضائعه.

ومع اتساع نطاق وحجم النشاط التجاري يلجأ التجار لوسطاء يساعدونهم في الاتصال بالعملاء، سواء لإبرام العقود أو توزيع المنتجات، أو لمجرد البحث لهم عن عملاء والتقريب بينهم وبين الآخرين. وتتخذ هذه الوساطة أشكال كثيرة من العقود التجارية مثل عقد السمسرة، وعقود الوكالة التجارية، وعقود الوكالة بالعمولة، ووكالة العقود والتوزيع [٣١].

ولا يقف نشاط التاجر عند إبرام العقود التقليدية، بل امتد للتعامل بالعقود التجارية الحديثة مثل عقود نقل التكنولوجيا، وعقود الإيجار التمويلي (Leasing) وعقود الترخيص التجاري (Franchise) وغيرها كثير. فكل المنازعات التي تنشأ بين التجار عن تنفيذ العقود السابقة وغيرها يتم الفصل فيها عن طريق المحاكم التجارية.

٢- اختصاص المحاكم التجارية بالفصل في منازعات الأوراق التجارية:

ينعقد الاختصاص للمحاكم التجارية بالفصل في منازعات الأوراق التجارية، وذلك بعد أن كانت تلك المنازعات تنظر من لجان شبه قضائية ممثلة في مكاتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية بوزارة التجارة والصناعة.

والمقصود بمنازعات الأوراق التجارية تلك التي تثور بين التجار بشأن استيفاء قيمة الكمبيالات والشيكات والسندات لأمر. فكل ما يتعلق من منازعات بشأن تلك الاوراق ينعقد فيها الاختصاص للمحاكم التجارية.

ويذكر أن الأوراق التجارية قد أصبحت من السندات التنفيذية وفقاً للمادة التاسعة من نظام التنفيذ رقم ٥٣ وتاريخ ١٣ / ٨ / ١٤٣٣هـ، بمعنى أن المستفيد من قيمة الكمبيالة

(٣١) د. عبد الرحمن قرمان: "العقود التجارية". مكتبة العالم العربي، ط. ١٤٣٥هـ / ٢٠١٤، ص ٣١.

على سبيل المثال يستطيع أن يتقدم بها لقاضي التنفيذ بالمحكمة العامة، واستيفاء المبلغ الثابت بها دون حاجة لصدور حكم قضائي من المحكمة التجارية.

ومع ذلك قد تثور المنازعات بين أطراف الورقة التجارية في حال عدم اعتراف المدين بالحق الثابت في الورقة، أو معارضة الساحب أو المظهر في الوفاء بقيمتها استنادا لانعدام السبب الصحيح لها، أو في سقوط الحق الثابت فيها بالتقادم. ومن ثم ينعقد الاختصاص للمحكمة التجارية بالنظر في دعوى المعارضة مع إشعار قاضي التنفيذ بإجراءات نظر الدعوى، وما تنتهي إليه(٣٢).

وقد يتبين للمحكمة التجارية تخلف إحدى البيانات الإلزامية التي يجب توافرها في الورقة التجارية لتكون كمبيالة، وفي هذه الحالة تعتبر الورقة سندا عاديا لإثبات الدين، ومن ثم تخرج الدعوى عن نظر المحاكم التجارية لتكون من اختصاص المحاكم العامة، حتى وإن تم تسميتها كمبيالة من قبل المدعي، حيث لا يمكنه أن يضفي عليها تلك الصفة إذا لم تتوافر بها الشروط المتطلبة نظاماً والمنصوص عليها نظام الأوراق التجارية(٣٣).

ومع ذلك إذا تحولت الكمبيالة لورقة عادية وكانت محررة بين تاجرين لشئون تتعلق بتجارتهما انعقد الاختصاص للمحكمة التجارية باعتباره نزاعا يتعلق بأعمالهما التجارية.

٣- اختصاص المحاكم التجارية بالفصل في منازعات أعمال التجارة البحرية:

يقصد بأعمال التجارة البحرية كما أوضحتها المادة الثانية من النظام إنشاء السفن

(٣٢) أوضحت المادة ٦٢ من نظام التنفيذ في الفقرتين الثالثة والخامسة إنه في حالة معارضة الساحب او المظهر في الوفاء بقيمة الشيك، أو عارض أو اعترض الساحب أو المظهر في السند لأمر أو الكمبيالة على حق المدين المستفيد في القيمة، فعليه التقدم للجهة القضائية المختصة (المحكمة التجارية) بدعوى المعارضة خلال عشرة أيام من مطالبته بالوفاء، وإشعار قاضي التنفيذ بإجراءات نظر الدعوى وما تنتهي إليه، وإذا انتهت المدة المذكورة دون التقدم بدعوى المعارضة وجب عليه الوفاء بقيمة الورقة التجارية.

(٣٣) انظر المادتان الأولى والثانية من نظام الأوراق التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٣٧ وتاريخ ١١/ ١٠/ ١٣٨٣هـ.

وإصلاحها، وشراؤها وبيعها، واستئجارها وتأجيرها، ومختلف العقود المتعلقة بها مثل عقود شحن السفينة وتفريغها، والتأمين على البضائع، وعقود النقل البحري.

ويلاحظ أن هذا التعداد قد ورد على سبيل المثال وهو ما يستفاد من نص الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة التي ذكرت "وجميع المقاولات المتعلقة بسائر أمور التجارة البحرية".

وعلى ذلك تختص المحاكم التجارية بالمنازعات التي تثور حول مطابقة السفينة عند الانتهاء من بنائها لمواصفات عقد إنشائها، وكذلك المنازعات التي تثور بشأن شراء، أو بيع، أو تأجير، أو استئجار السفن وإصلاحها، والعقود والعمليات المتعلقة بها، وأعمال الشحن والتفريغ بأنواعها المختلفة. كما يدخل في اختصاص المحاكم التجارية الدعاوى المتعلقة بمسؤولية مستأجر السفينة عن الأضرار التي تلحق السفينة خلال الرحلة البحرية، أو بشأن سوء حالتها عند تسليمها للمالك[٣٤].

ويشترط أن تكون السفينة معدة للتجارة البحرية، فإذا كانت السفينة مخصصة لملاحة النزهة، فلا يكون العمل الخاص بها تجارياً بالنسبة لأي من أطرافه، لانتفاء قصد المضاربة وتحقيق الربح، إلا إذا اكتسب العمل المتعلق بها الصفة التجارية تطبيقاً لقاعدة أخرى[٣٥]. كما تخرج المنازعات المتعلقة بالسفن الحربية، والسفن التي تخصصها الدولة للخدمات الحكومية كسفن المراقبة، وسفن المستشفيات، وسفن التموين، وسفن الإطفاء، وسفن التعليم من اختصاص المحاكم التجارية.

(٣٤) حكم القضاء في المغرب باختصاص المحاكم التجارية بالفصل في النزاع الناشئ بين أحد التجار ومؤسسة عمومية - باعتبارها وكيل بحري - تمارس التجارة البحرية بصورة اعتيادية وتتخذها حرفة لها. وانتهى في حكمه إلى تعويض التاجر في إطار المسؤولية التقصيرية عن الضرر الذي أصابه، نتيجة اصطدام السفينة ببضائعه عند رسوها بالميناء. انظر الحكم الصادر من محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم ١٣٩ الصادر في ٢٥ يناير ١٩٩٩، ملف عدد ٦/٩٩، ومنشور على البوابة الالكترونية لمدونة القضاء المغربي على الموقع التالي:
html.http://www.cacfes.ma/ar/jurisprudence/files/jurisprudence٣

(٣٥) د. محمد حسن الجبر – مرجع سابق – ص ٧٢، د. اكثم الخولي – مرجع سابق – ص ٣٢ إلى ٣٤.

(ب) المنازعة الناشئة عن الأعمال التجارية بالتبعية:

يقصد بالأعمال التجارية بالتبعية (l'acte de commerce par accessoire) تلك الأعمال التي تعتبر في الأصل أعمالا مدنية ولكنها تكتسب الصفة التجارية بسبب صدورها من تاجر لشؤون تتعلق بتجارته[٣٦]. فثمة أعمال تقع من التاجر أثناء مباشرته لنشاطه التجاري لو نظر إليها بمعزل عن هذا النشاط فإنها تعتبر أعمالا مدنية، وتخضع المنازعات الناشئة عنها للمحاكم العامة. ولكن نظرا لارتباط تلك الأعمال بنشاط التاجر فإن المنازعات التي تنشأ عنها تكون من اختصاص المحاكم التجارية على أساس إنها تعد أعمالا تجارية بالتبعية[٣٧]. ومثال

(٣٦) د. سعيد يحيى – المرجع السابق – ص ٥٩، د. محمد حسن الجبر: "القانون التجاري السعودي". مرجع سابق، ص ٨٥.

(٣٧)يذكر أنه قد صدر قرار مجلس الوزراء رقم ٢٦١ وتاريخ ١٤٢٣/١١/١٧هـ بأن يتولى ديوان المظالم النظر في القضايا الناشئة عن الأعمال التجارية بالتبعية إلى حين إنشاء المحاكم التجارية. وقد أثار هذا القرار في حينه تساؤل البعض عن المقصود بالأعمال التجارية بالتبعية مما انعقدت معه هيئة الخبراء بمجلس الوزراء لدراسة هذا الموضوع بمشاركة مندوبين من وزراتي العدل والتجارة والصناعة وديوان المظالم وانتهى المجتمعون إلى أن هذا الموضوع لا يحتاج إلى اتخاذ إجراءات نظامية نظرا لأنه منصوص عليه في نظام المحكمة التجارية.

وقد ورد في محضر الاجتماع رقم ١١٦ وتاريخ ١٤٢٥/٤/٤هـ توضيح المقصود بالأعمال التجارية بالتبعية في (الفقرة ثانيا) والتي جاء بها: "إلى جانب الأعمال التجارية الأصلية (المحضة) فقد استقر الفقه والقضاء على إضفاء الصفة التجارية على نوع آخر من الأعمال عُرف باسم الأعمال التجارية بالتبعية، وذلك لتوحيد النظام القانوني لجميع الأعمال التي تقع بمناسبة الحرفة التجارية. ويتميز هذا النوع من الأعمال بكونه مدنياً بطبيعته ولكنه يكتسب الصفة التجارية ويخضع بسببها للنظام القانوني للأعمال التجارية لصدوره من تاجر لحاجات تجارته. كتعاقد أحد التجار مع ناقل لنقل بضاعته، فهو بالنسبة إلي الناقل عمل تجارى أصلي (أو محض) وبالنسبة إلي التاجر عمل تجارى بالتبعية، لأن الهدف منه هو حاجة تجارته، وكذلك تعاقد التاجر مع شركة دعاية وإعلان للإعلان عن بضاعته، فهو بالنسبة إلى شركة الدعاية عمل تجارى أصلى (أو محض) وبالنسبة إلي التاجر عمل تجارى بالتبعية. وكشراء التاجر السيارة لخدمة تجارته فهو بالنسبة للتاجر عمل تجارى بالتبعية وبالنسبة إلى شركة السيارات عمل تجارى أصلى (أو محض).

وقد نصت الفقرة (د) من نظام المحكمة التجارية على اعتبار جميع العقود والتعهدات الحاصلة بين التجار والمتسببين والسماسرة والصيارفة والوكلاء بأنواعهم تجارية. وهذا النص يضفي الصفة التجارية على جميع الأعمال التي تقع بين التجار، و لو لم تكن من بين الأعمال التجارية التي ذكرتها النصوص أي الأصلية (المحضة). ويندر أن تكون الأعمال التجارية بالتبعية بين تاجر وغير تاجر، بل هي فى الغالب الأعم بين تاجرين يكون العمل بالنسبة إلى أحدهما عملاً تجارياً أصلياً أو محضا، وبالنسبة إلي الأخر عملاً تجارياً بالتبعية. وفي ضوء ما سبق، يرى المجتمعون أن توضيح المقصود بالقضايا التجارية البحتة والقضايا التجارية بالتبعية، لا يحتاج إلي اتخاذ إجراءات نظامية في شأنها، نظراً الى أن ذلك منصوص عليه في نظام المحكمة التجارية وفقاً لما أشير إليه آنفاً". والله الموفق.

ذلك قيام التاجر بشراء الأثاث والمهمات اللازمة لمحله التجاري، أو شرائه السيارات لنقل بضائعه، أو تعاقده مع الشركات لتوريد المياه أو الكهرباء لمحله التجاري. فكل هذه الأعمال تكتسب الصفة التجارية بالتبعية على الرغم من إنها أعمال مدنية في الأصل. ويرجع السبب في اختصاص المحاكم التجارية بها استنادا إلى قاعدة الفرع يتبع الأصل، (L'accessoire suit le Principal) أو إلحاق التابع بالمتبوع حتى يتوحد النظام القانوني الذي يحكم كل منهما(٣٨).

ويستخلص مما سبق إنه يجب توافر شرطين لاختصاص المحاكم التجارية بالمنازعات الناشئة عن الأعمال التجارية بالتبعية:

الشرط الأول: أن يكون العمل المدني صادراً عن تاجر:

ويعنى هذا الشرط أن صفة التاجر لازمة لتحول العمل المدني الى عمل تجاري بالتبعية. فالعمل المدني قد يقوم به تاجر أو غير تاجر على حد سواء. فإذا قام به غير التاجر أو شخص فقد صفته كتاجر، كما لو اعتزل التجارة مثلا قبل القيام بذلك العمل، فإن ما قام به لا يعد عملا تجاريا بالتبعية. أما حينما يقوم به تاجر، فإن العمل المدني يفقد

(٣٨) انظر د. أكثم الخولي – مرجع سابق – ص ٥٠، د. سعيد يحيى - مرجع سابق – ص ٥٩. د. عبد العزيز خليل بديوي – المرجع السابق – ص ٣٦. د. أحمد مخلوف "المطول في شرح قانون التجارة المصري الجديد والبورصة المصرية، دار النهضة العربية ٢٠٠٥، ص ١٧٩. وانظر حكم النقض الفرنسي الصادر في ٧ يوليه ١٩٨١، والذي نص على نظرية الفرع يتبع الأصل، منشور في المجلة الفصلية للقانون التجاري (RTD) لسنة ١٩٨١، ص ٧٧٥.

هذه الصفة، ويتحول لعمل تجاري بالتبعية، وذلك إذا ما تحقق الشرط التالي[٣٩].

الشرط الثاني: ارتباط العمل المدني بنشاط التاجر:

لا يكفي أن يصدر العمل المدني عن تاجر، وإنما لا بد أن يرتبط هذا العمل المدني بأنشطة التاجر، أي صادراً عنه تأميناً لحاجات تجارته. وهذا هو أساس اعتبار العمل المدني عملاً تجارياً بالتبعية. وعليه إذا صدر العمل المدني عن تاجر، ولم يكن مرتبطا بنشاطه التجاري كشراء سيارة لنقل أطفاله للمدرسة، أو للتنزه مع أسرته، أو شرائه أثاثاً لمنزله، فلا يمكن إضفاء الصفة التجارية بالتبعية على هذا العمل، ويظل محتفظا بطابعه المدني، رغم صدوره من تاجر، ومن ثم ينعقد الاختصاص للمحكمة العامة بالفصل في المنازعات الناشئة عنه[٤٠].

(٣٩) وعلى عكس ذلك تجيز قوانين أخرى تطبيق نظرية الأعمال التجارية بالتبعية على الأعمال المدنية التي يقوم بها شخص غير تاجر، وذلك بالنظر إلى ارتباط العمل المدني ذاته - وليس شخص من يقوم به - بالعمل التجاري الأصلي، وهو ما يطلق عليه التبعية الموضوعية. ومثال ذلك أن يقوم شخص غير تاجر بعمل تجاري منفرد مثل الشراء لأجل البيع ثم يقوم بأعمال مدنية تسهل هذا العمل مثل التأمين على البضاعة او التعاقد على نقلها. ومن القوانين التي أخذت بالتبعية الموضوعية بجانب التبعية الشخصية قانون التجارة الكويتي حيث نص في المادة الثامنة على أن الأعمال المرتبطة بالمعاملات التجارية المذكورة في المواد السابقة، أو المسهلة لها، وجميع الأعمال التي يقوم بها التاجر لحاجات تجارته، تعتبر أيضاً أعمالا تجارية. كما اخذ القانون الإماراتي بالتبعية التجارية الموضوعية بالنص في المادة (٤/٤) من قانون المعاملات التجارية على أن الأعمال التجارية هي الأعمال المرتبطة أو المسهلة لعمل تجاري" . وهو ما يعني اكتساب العمل المدني الصفة التجارية إذا ما تم بمناسبة عمل تجاري وارتبط به أو سهل إليه دون أن يكون لصفة القائم بالتصرف أثر في ذلك.

(٤٠) أيد القضاء الفرنسي ضرورة توافر هاتين الشرطين كأساس لتطبيق نظرية الأعمال التجارية بالتبعية، إذا جاء في الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٣ يناير ١٩٥٦ ما يلي:

Deux conditions sont requises pour qu’un acte puisse être réputé” commercial en vertu de la théorie de l’accessoire. Il faut que l’acte ait été accompli par un commerçant، en outré، que l’acte juridique soit .“accompli par un commerçant pour les besoins de son commerce

منشور في (JCP) لسنة ١٩٥٦، الجزء الثاني، ص ٩٢٣٢. وانظر أيضاً:

.٢٧٨.P ،١٩٨٠، Hamel et Jauffret، “Traite de droit commercial”. T.I

ويستوي أن تكون المنازعة الناشئة عن الأعمال التجارية بالتبعية مصدرها العقد او غير ذلك من مصادر الالتزام الأخرى. بمعنى أن الاختصاص ينعقد للمحاكم التجارية في المنازعات التي تثور بين التجار عن أعمال تجارية بالتبعية، ناشئة عن علاقة تعاقدية بينهم(٤١) أو عن علاقة غير تعاقدية.

ومن أمثلة الأخيرة: المنازعات الناشئة عن قيام التاجر بتقليد علامة تجارية لتاجر آخر، أو لنشره لمعلومات كاذبة عنه، أو عن التجارة التي يزاولها، أو قيامه بإغراء عماله بقصد معرفة أسراره أو معرفة العملاء الذين يتعاملون معه. كذلك المنازعات الناشئة عن الأضرار التي تحدثها الأشياء التي في حراسته للغير مثل الآلات والماكينات والمعدات التي يستخدمها في نشاطه التجاري.

الاستثناءات الواردة على اختصاص المحكمة التجارية بالأعمال التجارية بالتبعية:

إذا كان الأصل هو اختصاص المحاكم التجارية بالمنازعات الناشئة عن الأعمال التجارية بالتبعية على النحو السابق، إلا أنه توجد بعض الاستثناءات التي ترد على اختصاص المحاكم التجارية بنظر هذه المنازعات، وهي المنازعات المتعلقة بحوادث السير، والمنازعات الناشئة عن عقود عمل التاجر مع مستخدميه، ومنازعات التاجر مع الجهات الحكومية. وسوف نلقي نظرة على كل منها.

١ – حوادث السير الناجمة عن مركبات التاجر:

لعل أهم الاستثناءات التي ترد على اختصاص المحاكم التجارية بنظر المنازعات

---

(٤١) كما في حالة شراء التاجر أثاث لمحله التجاري من تاجر آخر، أو شراء الوقود والآلات لممارسة نشاطه التجاري، أو تعاقده على توريد المياه والكهرباء للمحل التجاري، أو تعاقده مع شركات الدعاية والإعلان للترويج لنشاطه التجاري، إلى غير ذلك.

الناشئة عن الأعمال التجارية بالتبعية دعاوي حوادث السير، وذلك على الرغم من أن شراء السيارات والشاحنات التي قد تتسبب في حوادث السير يعد عملاً تجارياً بالتبعية بالنسبة للتاجر إذا كانت تستعمل في أغراضه التجارية، أو كان مرتكب حادث السير أحد مستخدميه أثناء قيامه بالنشاط التجاري.

ويجد هذا الاستثناء مصدره في المادة ٣١/ ج من نظام المرافعات الشرعية والتي تنص على اختصاص المحاكم العامة بالدعاوي الناشئة عن حوادث السير، وعن المخالفات المنصوص عليها في نظام المرور ولائحته التنفيذية.

وعلى ذلك ينتفي اختصاص المحاكم التجارية بدعاوى التعويض الناشئة عن الأضرار التي تحدثها سيارة احد التجار للغير وهي في حالة حركة، سواءً تمثل الضرر في إصابات الأجسام، أو خسائر في الأموال أو جميع ذلك.

ولا يعنى هذا الاستثناء استبعاد نظرية الأعمال التجارية بالتبعية من حوادث السير التي يرتكبها التاجر، لأن الاستثناء يتعلق فقط بمسألة الاختصاص النوعي للمحاكم، وهي مسألة تتعلق بالنظام العام لا يجوز مخالفتها.

٢- المنازعات الناشئة عن عقود العمل:

نص نظام المرافعات الشرعية على اختصاص المحاكم العمالية بالفصل في المنازعات الناشئة عن عقود العمل[٤٢]، وذلك على الرغم من أن الالتزام الناشئ عن عقد العمل يعد عملا تجاريًا بالتبعية بالنسبة للتاجر (رب العمل) وعملاً مدنياً بالنسبة للعامل.

(٤٢) تنص المادة ٣٤ من نظام المرافعات الشرعية على اختصاص المحاكم العمالية بالنظر في الآتي: (أ) المنازعات المتعلقة بعقود العمل والأجور والحقوق وإصابات العمل والتعويض عنها. (ب) المنازعات المتعلقة بإيقاع صاحب العمل الجزاءات التأديبية على العامل أو المتعلقة بطلب الإعفاء منها. (ج) الدعاوى المرفوعة لإيقاع العقوبات المنصوص عليها في نظام العمل. (د) المنازعات المترتبة على الفصل من العمل....." .

ويرجع السـبب في اسـتبعاد المنازعات الناشـئة عـن عقود العمل من اختصـاص المحكمة التجارية، لكون هذه المنازعات ناشئة بين تاجر وعامل (أجير) وبالتالي ليست بين تاجرين. كما أن البت في هذه القضـايا تنظمه نصـوص آمرة تتضمنها نظام العمل ممـا لا يجوز معه مخالفتها. وعلى ذلك ينتفي اختصـاص المحاكـم التجارية بالدعوى التي يرفعها العامل ضـد الشركة التجارية أو التاجر (صـاحب العمل) للمطالبة بحقه في العمولة المنصـوص عليها بالعقد، أو المطالبة بمكافأة نهاية الخدمة، أو بالتعويض عن الطرد التعسفي له، أو المطالبة بالحصول على مكافأة خاصة نتيجة استحقاق الشركة أو التاجر لاختراعه الخدمي، إلى غير ذلك.

٣- المنازعات الناشئة عن عقود التاجر مع الجهات الحكومية:

يتعلق نشـاط التاجر في جانب كبير منه بالتعاقد مع الجهات الحكومية، سواء لتوريد السـلع والبضـائع لها، أو لأداء بعض الخدمات. وعلى جانب آخر، يتعامل التاجر مع الجهات الحكومية لتأمين نشـاطه التجاري، فيقوم بإبرام عقود للاسـتفادة من خدمات المرافق العامة لمحله التجاري. ورغم أن المنازعات التي تنشأ بين التاجر والجهة الحكومية في الحالة الأخيرة هي منازعات تجارية بالتبعية بالنسبة للتاجر، إلا أن الاختصاص ينعقد بنظرهـا للمحاكم الإدارية بديوان المظالم تطبيقا للمـادة ١٣ / د من نظام ديوان المظالم والتي تنص على اختصاص المحاكم الإدارية بالفصل في الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها.

ويلاحـظ على هذا النص إنـه يجعل كل منازعة تكون الجهـات الحكومية طرفا فيها من اختصـاص المحاكـم الإدارية، ولو لم يكن العقد محل المنازعة يهدف إلى إشـباع

حاجات عامة(٤٣). بينما يسير القضاء المقارن على عكس ذلك، حيث يُخضع منازعات جهة الإدارة مع التجار لاختصاص المحاكم التجارية ما دام النزاع لا يتعلق بتسيير مرفق عام(٤٤).

المطلب الثاني
اختصاص المحاكم التجارية بالدعاوى التي تقام على التاجر بسبب أعماله التجارية الأصلية والتبعية

تختص المحاكم التجارية ثانياً بنظر الدعاوى التي تقام على التجار نتيجة مزاولتهم

(٤٣) وعلى ذلك إذا افترضنا أن إحدى الجهات الحكومية قد تعاقدت مع أحد التجار لشراء مستلزمات إقامة حفل تقاعد لأحد منسوبيها، وحدث نزاع حول هذا العقد، فإن المحاكم الإدارية هي التي تختص به، رغم أن هذا العقد في جوهره لا ينطبق عليه وصف العقد الإداري. إذ وضع الفقه القانوني المقارن شروطا ثلاثة لكي يكتسب العقد الإداري هذه الصفة وهي: ١- أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، ٢- وأن يكون متصلاً بتسيير مرفق عام، ٣- وأن يتضمن شروطاً غير مألوفة في مجال العقود الخاصة".
ولهذا عندما تتعاقد الإدارة بوصفها سلطة عامة مناط بها الإشراف على المصلحة العامة، وتتمتع بمركز قانوني يميزها عن الطرف الآخر المتعاقد معها، يكون عقدا إداريا يخضع لاختصاص القضاء الإداري، وإلا كان عقد عاديا تخضع فيه جهة الإدارة لمحاكم القضاء العام. انظر د. سليمان الطماوي: "الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة ٢٠١١، ص ١٨١.

(٤٤) من الأحكام القضائية المقارنة في هذا الخصوص ما صدر عن محكمة الاستئناف التجارية بالمغرب، إذ جاء في حيثياتها: "ومن حيث الثابت فقها وقضاء انه لكي يعتبر العقد إداريا يتعين أن يتعلق بتسيير مرفق عام في الجانب الخاص بضمان أداء الخدمة الموكلة إليه. وحيث إن العقد موضوع الدعوى الحالية لا يتعلق بتسيير مرفق السكك الحديدية وفق المهام التي أسس من اجلها والتي هي إنشاء واستغلال وصيانة خطوط السكة الحديدية وما يتطلبه سير عمليات النقل بواسطتها، وان الشروط المضمنة في العقد المذكور ليس من شانها أن تغير من طبيعته القانونية كعقد خاص، مارست الإدارة نشاطها في ظل قواعد القانون الخاص، ومؤدى ذلك أن العقد موضوع النزاع ليس من اختصاص المحكمة الإدارية لعدم تعلقه بتسيير مرفق عام، والحكم المستأنف لما سار على خلاف ذلك، فانه لم يجعل لما قضى به الأساس القانوني السليم مما يتعين معه إلغاؤه والحكم من جديد باختصاص المحكمة التجارية بمكناس نوعيا للبت في النزاع". انظر قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم "٥٠" الصادر بتاريخ ١٨-٠١-٢٠٠٦، ملف عدد ١٥٩٣-٠٥.

للأعمال التجارية، ســواء كانت أعمال أصلية أو تبعية. ويختلف هذا الاختصاص عن سابقه في أن الدعاوى التي تنظرها المحكمة التجارية في هذه الفقرة تكون مقامة من غير التجار على التجار. أي ليس بين طرفين مكتسـبين للصـفة التجارية حسب مقتضيات النظام التجاري، وهو ما يطلق عليها الفقه الدعاوي المختلطة.

فالدعــاوى المختلطــة (Actes Mixtes) هــي الدعــاوى التي يقيمها شـخص غير تاجر عن عمل يعتبر مدنياً بالنسـبة له وتجارياً بالنسـبة للطرف الآخـر (التاجر). ومثال ذلك الدعاوي التي تقام من مالك العقار ضـد التاجر لعدم سـداده أجرة المكان المقام عليه المحل التجاري، ودعوى المسـافرين ضـد شركات النقل، ودعوى الغير ضـد المكاتب التي تحترف تقديم الخدمات للجمهور نظير أجر، كمكاتب السـياحة وتحصيل الديون، والتخليص الجمركي، والاستقدام، والتعقيب، ومكاتب الإعلانات، ونحو ذلك.

وتختصـ المحاكـم التجارية بالنزاع الناشـئ عن العمل المختلط سـواء كان يعتبر بالنسبة للتاجر عملاً تجارياً أصلياً أو عمل تجارياً بالتبعية. ومن أمثلة العمل المختلط الذي يعتبر بالنسبة للتاجر عملاً تجارياً أصلياً تعاقد التاجر على شراء محصول أحد المزارعين لأجل بيعه بربح. فإذا لم يف التاجر بسـداد كامل الثمن، فهنا يسـتطيع المزارع أن يقيم الدعوي القضائية ضد التاجر أمام المحكمة التجارية(٤٥).

ومـن أمثلة العمل المختلط الذي يعتبر بالنسـبة للتاجر عمـلاً تجارياً بالتبعية، دعاوى مالك العقار ضد التاجر بسبب عدم سداده القيمة الإيجارية لوحدة سكنية يستخدمها لأغراض تجارته، ودعوى مالك الصـحيفة ضـد التاجر لمطالبته بسداد ما تبقى من قيمة إعلان يتعلق بالترويج لبضائعه. وكذلك دعاوى تعويض الغير ضد التاجر عن الأخطاء

(٤٥) د. سعيد يحيى – المرجع السابق – ص ٦٤، د. اكثم الخولى – المرجع السابق – ص ٣٥.

التي تقع من عماله أو تابعيه أثناء تأدية أعمالهم، أو عن الأضرار التي تسببها الأشياء المملوكة له كالآلات والمعدات التي يستخدمها في شؤون تجارته.

أما إذا كانت الدعوى المرفوعة على التاجر في العمل المختلط لا تمت لنشاطه التجاري بصلة، فلا تختص المحاكم التجارية بها. ومثال ذلك الدعوى التي يرفعها مالك العقار ضد التاجر لعدم الوفاء بأجرة مسكنه.

وتستمد المحاكم التجارية اختصاصها القضائي في العمل التجاري المختلط وفقاً لقاعدة ان المدعي يتبع محكمة المدعى عليه، بمعنى إذا كان العمل مدنياً بالنسبة للمدعي وتجاريا بالنسبة للمدعى عليه (أصلي كان أو تبعي) فإن الاختصاص يكون للمحاكم التجارية التي يقع في دائرتها نشاط التاجر. أما إذا كان العمل تجاريا بالنسبة للمدعي ومدنيا بالنسبة للمدعى عليه فإن الاختصاص يكون للمحكمة العامة. وتطبيقا لذلك إذا اشترى شخص سيارة من تاجر لاستعماله الشخصي واكتشف أن بها عيوب جسيمة فإنه يقوم برفع دعوى الضرر أمام المحاكم التجارية، بينما لو أراد التاجر مخاصمة المشتري لعدم سداده ما تبقى من ثمن السيارة، فإنه يقيم الدعوى أمام المحاكم العامة[٤٦].

وغني عن البيان إذا كان الطرف الآخر في العمل المختلط جهة حكومية، فلا تختص المحاكم التجارية بالنزاع الناشئ عنه، تطبيقاً لما نص عليه نظام ديوان المظالم من جعل العقود التي تكون الجهات الحكومية طرفا فيها من اختصاصه بصرف النظر عن طبيعة

(٤٦) عكس ذلك استقر قضاء الكثير من الدول على انه إذا كان العمل بالنسبة للمدعي مدنيا وبالنسبة للمدعي عليه تجاريا جاز رفع الدعوى أمام المحكمة التجارية أو المحكمة المدنية (العامة) بحسب اختيار المدعي. أما إذا كان العمل تجاريا بالنسبة للمدعي ومدنيا بالنسبة للمدعي عليه وجب رفع الدعوى أمام المحكمة المدنية. وتطبيقا لذلك حكم القضاء الفرنسي بأنه إذا قام التاجر برهن المحل التجاري لغير تاجر ولم يف بالدين، فإن الدائن المرتهن يستطيع مخاصمة التاجر أمام المحكمة التجارية أو أمام المحكمة العامة. ويبرر القضاء هذا الخروج عن القواعد العامة على أساس أن غير التاجر لم يألف الالتجاء إلى القضاء التجاري، أما الطرف الآخر الذي يكون العمل تجاريا بالنسبة له - فهو عادة ما يلجأ إلى المحاكم المدنية في كل ما لا يمس حياته التجارية.

العقد. وعلى ذلك إذا تعاقدت جهة حكومية مع تاجر، أو شركة مقاولات تجارية لتنفيذ إنشاء مبنى، أو ترميمه، أو إنشاء جسر، أو كوبري، أو نفق، ونحو ذلك، وثار بينهما نزاع، فانه يكون من اختصاص المحاكم الإدارية دون غيرها(٤٧).

المطلب الثالث
المنازعات التي تحدث بين الشركاء في الشركات

تختص المحاكم التجارية ثالثاً بنظر المنازعات التي تحدث بين الشركاء في الشركات. ورغم أن النص قد أطلق لفظ الشركات إلا أن المقصود بها الشركات التجارية دون الشركات المهنية، لأن الأولى هي التي تزاول الأعمال التجارية دون الثانية. وعلى ذلك تخرج منازعات الشركاء في الشركات المهنية كشركات المحاماة وغيرها من اختصاص المحاكم التجارية، وتدخل في اختصاص المحاكم العامة، لعدم اكتساب الشركاء فيها أو الشركة ذاتها الصفة التجارية(٤٨).

ويجب أن ينحصر النزاع بين الشركاء أنفسهم، سواءً كانوا مكتسبين لصفة التاجر

(٤٧) وتطبيقاً لذلك حكم ديوان المظالم باختصاصه بالفصل في النزاع الناشئ بين وزارة الدفاع وإحدى المؤسسات التجارية. فقضى بإلزام القوات الجوية الملكية السعودية بأن تدفع للمؤسسة التجارية قيمة الأدوات الرياضية التي تعاقدت على توريدها والبالغة خمسة عشر ألفاً وتسعمائة وعشرة ريالات (١٥٩١٠) وذلك بعد أن أقرت المدعى عليها باستلام الفواتير المشتملة على مطالبة المدعية بالمبلغ محل الدعوى. انظر القضية رقم ١٠١٧/١/ق لعام ١٤٢٦هـ. والمؤيد الحكم فيها من هيئة التدقيق. منشورة في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام (١٤٢٧هـ).

(٤٨) حدد نظام الشركات التجارية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٦ وتاريخ ٢٢/٣/ ١٣٨٥هـ أنواع الشركات التي تكتسب الصفة التجارية وهي: شركات الأشخاص: وتتمثل في شركات التضامن والتوصية البسيطة والمحاصة.
شركات الأموال: وتتمثل في شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم.
الشركات المختلطة: وتتمثل في الشركات ذات المسؤولية المحدودة.
الشركات ذات الطبيعة الخاصة: الشركات التعاونية - الشركات ذات رأس المال القابل للتغيير.

أم غير مكتسبين لها[٤٩]. ومن ثم يخرج عن اختصاص المحاكم التجارية الدعاوي التي تكون بين الشركاء والغير، كالدعوى التي يقيمها الشريك ضد شخص أجنبي عن الشركة، ولو كان شريكاً في شركة تجارية أخرى، إلا إذا كان الطرفان تاجرين وتعلق النزاع بعمل تجاري بينهما. كما لا تختص المحاكم التجارية بدعوى الدائن الشخصي لأحد الشركاء، لأنه لا يختصم الشركة التجارية في هذه الحالة، وإنما يختصم أحد الشركاء فيها عن دين لا يتعلق بالشركة وإنما بالشريك نفسه[٥٠].

كما يجب أن يكون النزاع بين الشركاء منصبا على أعمال الشركة بدءا من تأسيسها إلى غاية تصفيتها. وتبعا لذلك، يخرج عن الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية البت في المنازعات الناشئة عن العلاقات الشخصية بين الشركاء، لأن النزاع يكون أجنبيا عن الشركة[٥١].

(٤٩) لا يكتسب كافة الشركاء في الشركات التجارية الصفة التجارية، فهناك شركاء يكتسبون الصفة التجارية، وهناك شركاء لا يكتسبون هذه الصفة بالرغم من أنهم منخرطون في شركة تجارية. إذ يكتسب الشريك في كل من شركات التضامن، والشريك المتضامن في شركة التوصية البسيطة، وكذا الشريك المتضامن في شركة التوصية بالأسهم، صفة التاجر عند دخوله كشريك في هذه الشركات. ذلك أن المسؤولية الشخصية والمطلقة للشريك عن ديون هذه الشركات تجعله يتأثر مباشرة بالأعمال التي تقوم بها، الأمر الذي يقتضي أن يكون الشريك أهلا لممارسة هذه الأعمال التجارية شأنه شأن التاجر الذي يمارس نشاطه بصورة مستقلة ولحسابه الخاص. وعلى خلاف ذلك، فإن الشريك الموصي في شركة التوصية البسيطة أو شركة التوصية بالأسهم، والشريك في شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة، لا يكتسب الصفة التجارية لمجرد دخوله كشريك في إحدى هذه الشركات.

(٥٠) ومن أمثلة ذلك الدعوى التي يقيمها الغير ضد الشريك لمطالبته بسداد ثمن شراء أجهزة كهربائية أو الكترونية لمنزله. ومع ذلك يتصور اختصاص المحكمة التجارية بالمنازعات التي تقع بين الشركاء والغير، إذا كان الدائن الشخصي للشريك يطالب بالأرباح المستحقة للأخير من ميزانية الشركة. إذ يختصم الغير هنا الشركة بطريق الدعوى غير المباشرة. وفي ذلك تنص المادة ٦ من نظام الشركات على انه لا يجوز للدائن الشخصي لأحد الشركاء أن يتقاضى حقه من حصة مدينه في رأس مال الشركة وإنما يجوز له أن يتقاضى حقه من نصيب المدين المذكور في الأرباح وفقا لميزانية الشركة....".

(٥١) استبعد القضاء الفرنسي من اختصاص المحاكم التجارية المنازعات المتعلقة بانتقال الأسهم بين الشركاء إلا إذا كان انتقال الحصص والأسهم من شأنه أن يؤثر على تسيير الشركة أو مراقبتها، فإن النزاع يكون من اختصاص المحاكم التجارية. انظر حكم النقض الفرنسي (الدائرة التجارية) صادر في ١١ يولية ١٩٨٨، منشور في دالوز لسنة ١٩٨٨، ص ١٧.

وسوف نستعرض صور المنازعات التي يمكن أن تثور بين الشركاء خلال المراحل المختلفة للشركة.

(أ) المنازعات بين الشركاء في مرحلة تأسيس الشركة:

تختص المحاكم التجارية بالمنازعات التي يمكن أن تثور بين الشركاء في مرحلة تأسيس الشركة. ذلك أن هذه المرحلة تدخل في إطار الأعمال التحضيرية لممارسة النشاط التجاري للشركة، ولأن طبيعة المنازعات التي تثور بينهم في هذه المرحلة تتعلق ببنود عقد الشركة الذي يهدف بالأصل إلى تأسيس شركة تجارية.

ومن أمثلة المنازعات التي يمكن أن تثور خلال مرحلة التأسيس: عدم قيام أحد الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة بأداء كامل حصته، مما يعرقل تأسيس الشركة. ذلك أن المادة ١٦٢ من نظام الشركات التجارية تشترط لصحة التأسيس أن يتم دفع مجموع مبالغ الحصص النقدية أو العينية التي قد تعهد الشركاء بتقديمها للشركة(٥٢). كما تختص المحاكم التجارية بالدعوى التي يرفعها المكتتبين لاسترداد المبالغ التي دفعوها، أو الحصص العينية التي قدموها، وذلك إذا ما فشل مشروع تأسيس الشركة(٥٣).

(ب) المنازعات بين الشركاء أثناء قيام الشركة:

تختص المحاكم التجارية بالمنازعات التي يمكن أن تثور بين الشركاء أثناء قيام

(٥٢) وجاء نص المادة المذكورة على النحو التالي: "لا تؤسس الشركة بصفة نهائية إلا إذا وزعت جميع الحصص النقدية والحصص العينية على جميع الشركاء وتم الوفاء الكامل بها".

(٥٣) تنص الفقرة الأخيرة من المادة ٦٤ من نظام الشركات على إنه "إذا لم يتم تأسيس الشركة على النحو المبين في هذا النظام، كان للمكتتبين أن يستردوا المبالغ التي دفعوها أو الحصص العينية التي قدموها، وكان المؤسسون مسئولين بالتضامن عن الوفاء بهذا الالتزام، وعن التعويض عند الاقتضاء، وكذلك يتحمل المسئولين جميع المصاريف التي أنفقت في تأسيس الشركة، ويكونون مسئولين بالتضامن في مواجهة الغير عن الأفعال والتصرفات التي صدرت منهم أثناء فترة التأسيس".

الشركة، أي عند مزاولة نشاطها التجاري. ومن أمثلة هذه المنازعات: اختلاف الشركاء حول توزيع الأرباح والخسائر، النزاع بين الشركاء حول تخفيض أو زيادة رأس مال الشركة، النزاع بين الشركاء بسبب قيام أحد الشركاء بالتصرف في بعض أموال الشركة دون تقديم كشف حساب، النزاع بين الشركاء بشأن طلب تصفية الشركة وحلها، النزاع بين الشركاء ومدير الشركة حول تنفيذ أغراض الشركة أو إدارتها، أو بسبب قيامه بالتعاقد لحسابه الخاص مع الشركة دون الحصول على إذن خاص منهم، أو لممارسته نشاطا من نوع نشاط الشركة دون الحصول على موافقتهم جميعا، بما في ذلك دعوى المطالبة بعزله إذا كان معينا في عقد الشركة(٥٤)، وأيضاً دعاوى التعويض عن الأضرار التي تلحقهم من جراء مخالفة شروط عقد الشركة، أو بسبب ما يصدر عنه من أخطاء في أداء عمله. كما تختص المحاكم التجارية بالنزاع بين أعضاء مجلس إدارة شركات المساهمة أو التوصية بالأسهم فيما يتعلق بإدارة الشركة، وبالجملة أي خلاف آخر بين الشركاء، أو بينهم وبين مدير الشركة يهدد استمرارها، ويتعذر حله بصورة ودية.

(ج) المنازعات بين الشركاء أثناء مرحلة تصفية الشركة:

تختص أخيراً المحاكم التجارية بالمنازعات التي يمكن أن تثور بين الشركاء في مرحلة تصفية الشركة. ومن ذلك النزاع بين الشركاء حول تعيين المصفي الذي يتولى تقسيم موجودات الشركة، أو النزاع حول الأجر المستحق له، أو الطعن في قراراته بالنسبة لتسوية حقوق الشركاء، أو النزاع حول التصرف في أموال الشركة وهي

(٥٤) نصت المادة ٣٣ من نظام الشركات على اختصاص المحكمة التجارية بهذه المسالة بقولها: "إذا كان المدير شريكاً معينًا في عقد الشركة فلا يجوز عزله إلا بقرار يصدر من هيئة حسم المنازعات التجارية (المحكمة التجارية)، بناء على طلب أغلبية الشركاء وبشرط وجود مسوغ شرعي".

تحت التصــفية، أو رهن أموالها أو موجوداتها. كما تختص المحاكم التجارية بالدعاوى المرفوعة ضد المصفي بســبب أعمال التصفية، كالخطأ في جرد أصولها، أو قيامه بإبراء احد المدينين من الدين المســتحق عليه للشركة، أو بسبب قيامه بعمل جديد لم تباشره الشركــة، ولم يكن لازما لإتمام أعمال ســبق للشركة البدء فيهــا. كما تختص المحاكم التجارية أيضا بدعوى عزل المصفي لإهماله في انجاز أعمال التصفية.

ويلاحــظ إذا كان نص الفقرة (ج) من المادة ٣٥ من نظام المرافعات الشرعية قد قصر اختصــاص المحاكم التجارية على المنازعات التــي تحدث بين الشركاء في الشركة، إلا أن لفــظ المنازعات يمتد ليشــمل النــزاع القائم بين أحد الشــركاء في مواجهة الشركة ذاتهــا، وحجتنا في ذلك أن الشركة تتكون في الأصــل من الشــركاء(٥٥). وعلى ذلك تختصــ المحاكم التجارية بالدعوى التي يرفعها الشريك ضــد الشركة لمطالبتها بالدين الذي اوفاه للغير من ماله الخاص، بعد أن ثبت هذا الدين في ذمة الشركة. كما تختص المحاكم التجارية بدعوى الشريك غير المدير ضــد الشركة للمطالبة بالاطلاع على سير أعمال الشركة، وفحص دفاترها ومستنداتها، واستخراج بياناً موجزاً عن حالة الشركة المالية من واقع دفاترها ومســتنداتها، كما تختص كذلــك بدعوى مدير الشركة لمطالبة الشركة بالتعويض عما أصــابه من ضرر نتيجة عزله في وقت غير لائق أو بدون مسوغ شرعي.

وقد أيد القضــاء الفرنســي اختصــاص المحاكم التجارية بمثل هذه المنازعات بقبوله

(٥٥) قد يرى البعض أن هذا التفسير يتجاوز حرفية وصياغة نص الفقرة ج من المادة ٣٥ من نظام المرافعات الشرعية التي نصت على اختصاص المحاكم التجارية بالمنازعات التي تقع بين الشركاء، وليس بينهم وبين الشركة. غير أن مثل هذا النزاع وإن لم ينعقد للمحكمة التجارية وفقا للرأي المذكور في ضوء ظاهر نص المادة ٣٥/ و، إلا إنه سيكون داخلا في اختصاص المحكمة التجارية وفقا للفقرة الأخيرة من ذات المادة والتي ذكرت اختصاص المحاكم التجارية بالمنازعات التجارية الأخرى.

للدعوى التي يرفعها الشريك المساهم ضد الشركة للمطالبة بحقه في الإطلاع على وثائق الشركة(٥٦).

وفي المقابل، تختص المحاكم التجارية بالدعوى التي ترفعها الشركة ذاتها ضد أحد الشركاء كما لو ثبت لها قيام أحد الشركاء بممارسة أعمالاً مماثلة أو مشابهة لأعمال الشركة، أو قيامه بالعمل لدى شركة أخرى(٥٧).

المطلب الرابع
جميع الدعاوى والمخالفات المتعلقة بالأنظمة التجارية دون إخلال باختصاص ديوان المظالم

تختص المحاكم التجارية رابعا بالدعاوي والمخالفات المتعلقة بالأنظمة التجارية. ومن المعروف أنه توجد أنظمة تجارية عديدة تحكم الكثير من الأنشطة التجارية بالمملكة ورد النص فيها على اختصاص محاكم ديوان المظالم بالمنازعات التي تنشأ عن تطبيقها(٥٨). وبانسلاخ الدوائر التجارية عن ديوان المظالم، فقد انتقل الاختصاص بنظر هذه المنازعات إلى المحاكم التجارية. ومع ذلك يبقى الاختصاص منعقدا لديوان المظالم

(٥٦) انظر حكم النقض الفرنسي الصادر في ٨ يوليه ١٩٧٠، منشور في مجلة الشركات الفرنسية لسنة ١٩٧١، ص ٣.

(٥٧) تنص المادة ٢٣ من نظام الشركات على إنه: "لا يجوز للشريك دون موافقة باقي الشركاء أن يمارس لحسابه أو لحساب الغير نشاطاً من نوع نشاط الشركة، ولا أن يكون شريكا في شركة تنافسها إذا كانت هذه الشركة الأخرى شركة تضامن أو شركة توصية أو شركة ذات مسئولية محدودة .وإذا أخل أحد الشركاء بهذا الالتزام كان للشركة أن تطالبه بالتعويض، أو أن تعتبر العمليات التي قام بها لحسابه الخاص قد تمت لحساب الشركة".

(٥٨) انظر على سبيل المثال المادة ٢٥ من نظام الرهن التجاري التي تنص على اختصاص ديوان المظالم بالفصل في المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا النظام"، والمادة ١٠ من نظام البيانات التجارية على أن "يختص ديوان المظالم بالفصل في المخالفات والمنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا النظام"، والمادة ٢٥ من نظام استيراد المواد الكيميائية وإدارتها والتي تنص على أن "يختص ديوان المظالم بالفصل في جميع المخالفات والمنازعات ودعاوى المطالبة بالتعويض، الناشئة عن تطبيق أحكام هذا النظام"، وغير ذلك من الأنظمة الأخرى التي وردت في المتن.

(المحاكم الإدارية) فيما يتعلق بالدعاوي والمخالفات التي تنطوي على منازعة إدارية ذات صلة بتطبيق تلك الأنظمة. ونظرة سريعة على أهم تلك الأنظمة التجارية نستطيع أن نلقي الضوء على هذا النوع من الاختصاص:

(أ) نظام العلامات التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م / ٢١) وتاريخ ٢٨ / ٥ / ١٤٢٣هـ. فقد نصت المادة ٥٣ من هذا النظام على اختصاص ديوان المظالم بالفصل في جميع الدعاوى المدنية والجنائية والمنازعات الناشئة عن تطبيق هذا النظام، وتوقيع الجزاءات المقررة لمخالفة أحكامه."

وقد أصبح الاختصاص منعقدا للمحاكم التجارية بالفصل في الدعاوى المدنية المتعلقة بالعلامة التجارية. ومثال ذلك دعوى المنافسة غير المشروعة التي يرفعها تاجر ضد تاجر آخر أو ضد الغير من جراء تزوير أو تقليد علامته التجارية، أو استعمالها دون ترخيص منه. أما فيما يتعلق بالمنازعات حول قرار منح العلامة التجارية، أو إلغاء تسجيلها، أو شطبها، فيكون الاختصاص بنظرها للمحاكم الإدارية بديوان المظالم[٥٩]. كما أنه في حالة قبول العلامة التجارية، يكون لكل ذي مصلحة الاعتراض على قبول تسجيلها أمام ديوان المظالم خلال ٩٠ يوما من تاريخ شهرها كما نصت على ذلك المادة ١٥ من النظام المذكور.

(ب) نظام الأسماء التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ١٥ وتاريخ ١٢ / ٨ / ١٤٢٠هـ. فقد نصت المادة ١٨ من هذا النظام على اختصاص ديوان المظالم بالفصل في جميع الدعاوي والمنازعات الناشئة عن تطبيقه. وقد أصبح الاختصاص

(٥٩) أوضحت المادة ١٣ من نظام العلامات التجارية انه في حالة رفض تسجيل العلامة التجارية كان لصاحب الشأن التظلم من ذلك الرفض لوزير التجارة والصناعة خلال ٦٠ يوم من تاريخ إبلاغه به، ويخطر المتظلم بقرار الوزير كتابة، وإذا ما كان هذا القرار صادرا برفض التظلم، كان لصاحب الشأن حق الطعن فيه أمام ديوان المظالم خلال ٣٠ يوما من تاريخ إبلاغه به.

للمحاكم التجارية بنظر هذه الدعاوي. ومن أمثلة ذلك: دعوى الغير ضد كل من السلف والخلف عن تنفيذ الالتزامات التي ترتبت تحت الاسم التجاري، ودعوى مسؤولية الخلف عن تنفيذ التزامات السلف(٦٠)، كذلك دعوى الغير للمطالبة بالتعويض عن استعمال الاسم التجاري من صاحبه بصورة تخالف النظام إن ترتب عن ذلك ضرر لحق بهم(٦١).

أما فيما يتعلق بالطعون في قرارات اللجنة التي تختص بتوقيع العقوبات عن مخالفة أحكام نظام الأسماء التجارية فلا شأن للمحكمة التجارية بهذه الطعون، إذ يتعين على أصحاب الشأن الاعتراض على تلك القرارات أمام ديوان المظالم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغهم بها(٦٢).

(ج) نظام المنافسة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٢٥ وتاريخ ٤ / ٥ / ١٤٢٥هـ. فقد نصت المادة ١٨ من هذا النظام على أنه يجوز لأي شخص طبيعي أو اعتباري يلحقه ضرر ناتج عن ممارسات محظورة بموجب أحكام هذا النظام، التقدم بطلب التعويض أمام القضاء المختص.

---

(٦٠) تنص المادة ٩ من نظام الأسماء التجارية على أن من آل إليه اسم تجاري تبعاً لمحل تجاري يخلف سلفه في الحقوق والالتزامات التي سبق أن ترتّبت تحت هذا الاسم، ومع ذلك يبقى السلف مسئولاً بالتضامن مع الخلف عن تنفيذ هذه الالتزامات ...".

(٦١) تنص المادة ١١ من نظام الأسماء التجارية على إنه إذا استعمل الاسم التجاري غير صاحبه أو استعمله صاحبه على صورة تُخالف النظام، جاز لذوي الشأن أن يطلبوا من وزير التجارة منع استعماله أو شطبه، إذا كان مُقيّداً في السجل التجاري. كما يجوز لهم اللجوء إلى ديوان المظالم (المحكمة التجارية) للمطالبة بالتعويض، إن كان له محل".

(٦٢) تنص المادة ٢٥ من اللائحة التنفيذية من نظام الأسماء التجارية على أن تشكّل بقرار من وزير التجارة لجنةُ أو أكثر تختص بالتحقيق في مُخالفات هذا النظام والقرارات الصادرة تنفيذاً له وتوقيع العقوبات. وتنص المادة ٢٦ من نفس اللائحة على إخطار أصحاب الشأن بقرارات اللجنة كتابياً ولكل منهم الاعتراض على القرار أمام وزير التجارة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغه به، وله التظلّم من قرار الوزير أمام ديوان المظالم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغه به".

ويقصـــد بالقضاء المختص في مفهوم هذه المادة المحاكم التجارية بالمملكة، باعتبارها المنــوط بها النظر في الدعـاوي المتعلقة بالأنظمة التجـارية ومنها نظـام المنافسـة. وعلى ذلك ينعقـد الاختصاص للمحاكم التجارية بنظر دعـاوى التعويـض التـي يرفعها الغير من أشـــخـاص طبيعيين أو اعتباريين ضد أصحاب الممارســات المحظورة كالممارسات الاحتكارية وغيرها(٦٣).

أما فيما يتعلق بالقرارات الصادرة عن لجنة الفصل في مخالفات نظام المنافسة، وهي اللجنة التي يتولى مجلس حماية المنافســة تشــكيلها، فيتــم الاعتراض على القرارات الصادرة منها أمام ديوان المظالم خلال ستين يوما من تاريخ إبلاغ المخالف بالقرار(٦٤).

(د) نظــام مكافحة الغش التجاري الصــادر بالمرســوم الملكي رقــم م / ١٩ وتاريخ ٢٣ / ٤ / ١٤٢٩هـ. فقد نصــت المادة ١٣ من هذا النظام على اختصـــاص ديوان المظالم بالفصل في جميع المخالفات والمنازعات ودعاوي المطالبة بالتعويض الناشئة عن تطبيق أحكامه.

---

(٦٣) عدد نظام المنافسة الممارسات المحظورة في المادة الرابعة وخص منها ما يلي:

١- التحكم في أسعار السلع والخدمات المعدة للبيع بالزيادة أو الخفض، أو التثبيت، أو بأي صورة أخرى تضر المنافسة المشروعة.

٢- الحد من حرية تدفق السلع والخدمات إلى السواق أو إخراجها منها بصفة كلية أو جزئية، وذلك من خلل إخفائها، أو تخزينها دون وجه حق، أو الامتناع عن التعامل فيها.

٣- افتعال وفره مفاجئة في السلع والخدمات بحيث يؤدي تداولها إلى سعر غير حقيقي، يؤثر في باقي المتعاملين في السوق.

٤- منع أي منشأة من استخدام حقها في دخول السوق أو الخروج منه أو عرقلة ذلك في أي وقت.

٥- حجب السلع والخدمات المتاحة في السوق بصفة كلية أو جزئية عن منشأة أو منشآت معينة.

٦- تقسيم السواق لبيع أو شراء السلع والخدمات أو تخصيصها.

٧- التأثير في السعر الطبيعي لعروض بيع السلع والخدمات أو شرائها أو توريدها سواء في المنافسات أو المزايدات الحكومية أو غير الحكومية.

٨- تجميد عمليات التصنيع والتطوير والتوزيع والتسويق وجميع أوجه الاستثمار الأخرى، أو الحد من ذلك.

(٦٤) المادة ٣/١٥ من نظام المنافسة.

وقد أصبح الاختصاص منعقدا للمحاكم التجارية بنظر دعاوى التعويض التي يرفعها الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين عن الأضرار الفعلية التي تلحق بهم بسبب الغش في السلع والمنتجات. ومن ذلك تغيير المنتج أو تعديله، أو العبث في البيانات المتعلقة بمصدره، أو قدره سواء في الوزن، أو الكيل، أو المقاس، أو العدد، أو تاريخ صلاحيته، أو عدم مطابقته للمواصفات القياسية المعتمدة، أو أي من بنودها(٦٥).

أما فيما يتعلق بالقرارات التي تصدر بإغلاق المحل التجاري بسبب ارتكاب التاجر لإحدى جرائم الغش التجاري فيتم التظلم منها أمام المحاكم الإدارية بديوان المظالم.

(هـ) نظام السجل التجاري الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ١ وتاريخ ١٢ / ٢ / ١٤١٦هـ.

تختص المحاكم التجارية بتطبيق أحكام نظام السجل التجاري في المنازعات التي تثور بين التجار والغير بشأن البيانات المقيدة بالسجل. إذ تفصل المحكمة في دعاوي التعويض التي يرفعها الغير استنادا إلى المنافسة غير المشروعة من جراء تقديم التاجر (أو الشركة التجارية) بيانات كاذبة وغير صحيحة عن مركزه المالي أو نشاطه التجاري الوارد في السجل. كما تختص المحكمة بتطبيق أحكام السجل التجاري بشأن المنازعات التي تستند لحجية البيانات المقيدة به وفقا للمادة ١٣ من نظام

---

(٦٥) نصت المادة ٢٢ من نظام مكافحة الغش التجاري على ما يلي: "مع عدم الإخلال بحق من أصابه ضرر في التعويض نتيجة ارتكاب إحدى المخالفات المنصوص عليها في هذا النظام، يلتزم المخالف بسحب المنتج المغشوش وإعادة قيمته إلى المشتري وذلك وفق الشروط والإجراءات التي تحددها اللائحة". وقد بينت المادة ٦ من اللائحة المذكورة إنه إذا لم يقم المصنع أو الوكيل المحلي باستدعاء المنتج وفقاً لأحكام المادتين الثالثة والرابعة من اللائحة ينطبق بحق الوكيل المحلي والشركة الصانعة المحلية للمنتج العقوبات الواردة في نظام مكافحة الغش التجاري ولائحته التنفيذية .... دون الإخلال بحق المتضرر في التعويض عن الأضرار الفعلية التي لحقت به من إجراء ذلك العيب في المنتج".

السجل[٦٦]. ومن أمثلة هذه المنازعات الدعاوي التي يرفعها الغير مطالبا الشركة بتنفيذ التزاماتها التعاقدية عن عقود أبرمها مدير الشركة السابق بعد عزله. إذ تفصل المحكمة في هذا النزاع في ضوء شهر هذا التعديل من عدمه. حيث تُلزم الشركة بتلك العقود إذا اغفلت شهر عزل المدير، وذلك باعتبار هذا الشهر من البيانات الجوهرية واجبة القيد في السجل للاحتجاج بها على الغير[٦٧].

أما فيما يتعلق بالقرارات الصادرة عن ادارة السجل التجاري، كشطب قيد التاجر مثلا، أو عدم اتخاذ قرار كان من الواجب على السجل اتخاذه، فهي قرارات إدارية يجوز التظلم منها أمام ديوان المظالم وفقا للمادة ١٨ من هذا النظام[٦٨].

هذا ويلاحظ في الدعاوى والمخالفات السابقة إنه إذا تعلق الأمر بارتكاب التاجر لأحدى الجرائم أثناء مزاولته للنشاط التجاري كما في حالة الغش التجاري او التستر التجاري، فإن الاختصاص ينعقد بتلك الجرائم للدائرة التعزيرية بالمحاكم الجزائية.

(٦٦) وتنص هذه المادة على أن البيانات المُقيّدة في السجّل التجاري تعتبر حُجّةٌ للتاجر أو ضده من تاريخ قيدها، ولا يجوز الاحتجاج على أي شخصّ آخر بأي بيان واجب القيد أو التأشير به ما لم يتم هذا الإجّراء. ومع ذلك يجوز لهذا الشخصّ الاحتجاج بهذا البيان في مواجهة التاجر أو الشركّة متى كانت لهذا الشخصّ مصلحة في ذلك".

(٦٧) تنص الانظمة القانونية المختلفة على وجوب شهر عزل المدير، وكذلك شهر تعيين أى مدير جديد وفقاً لأحكام قانون السجل التجاري، لا فرق فى ذلك بين المدير الشريك وغير الشريك، ولا عبرة بكيفية تعيينه، فى عقد الشركة أو فى عقد مستقل.

(٦٨) وقد أوضحت هذه المادة إنه يجوز لذوي الشأن الاعتراض أمام وزير التجارة على قرارات مكتب السجل التجاري وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ إبلاغهم بالقرار. ويعتبر في حكم القرار رفض مكتب السجل التجاري أو امتناعه عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليه اتخاذه طبقا للأنظمة واللوائح. ويجوز لذوي الشأن التظلم أمام ديوان المظالم من قرارات وزير التجارة الصادرة بشأن اعتراضاتهم، وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ إبلاغهم بقرار الوزير، وفي حالة عدم صدور قرار من الوزير بشأن الاعتراض المقدم له في مدة أقصاها ستون يوما من تاريخ تقديم الاعتراض يحق لصاحب الاعتراض التظلم أمام ديوان المظالم من قرار مكتب السجل التجاري، وذلك خلال ثلاثين يوما من انقضاء المدة المحددة لصدور قرار الوزير.

المطلب الخامس
دعاوى الإفلاس والحجر على المفلسين ورفعه عنهم

تختص المحاكـم التجارية بدعاوى الإفلاس، والحجر على المفلسـين ورفعه عنهم. وسوف نلقي نظرة على كل منهما.

(أ) اختصاص المحاكم التجارية بدعاوى الإفلاس:

ينعقد الاختصـاص للمحاكم التجارية بنظر دعـاوي الإفلاس، وهي الدعاوي التي تهدف إلي التنفيذ الجماعي على أموال المدين التاجر، الذي عجز عن سـداد ديونه في مواعيد استحقاقها، بسبب استغراق ديونه جميع أمواله(٦٩).

والأصـل أن يقوم الدائنين برفع دعوى الإفلاس ضد مدينهم التاجر، غير أن ذلك لا يمنع المدين التاجر نفســه من أن يبادر إلى طلب شهر إفلاسه دون انتظار لإقامة الدعوى مـن جانب دائنيه. وإذا أقام احد الدائنين دعوى لشـهر إفلاس التاجر فلا يمنع ذلك أن يقـوم دائن آخر برفع دعوى مماثلة أمـام ذات المحكمة التجارية، والتي يجب عليها في هذه الحالة أن تضـم الدعاوي التي رفعت إليها لتفصل فيها جميعا بحكم واحد. وغالبا ما يفضل الدائن التدخل في دعوى الإفلاس التي أقامها غيره من الدائنين.

كما تختص المحاكم التجارية بدعاوي إشهار إفلاس الشركات التجارية، وما يترتب على ذلك من شهر إفلاس الشركاء فيها، وذلك بالنسبة للشركاء في شركات التضامن، والشركاء المتضامنين في شركات التوصية البسيطة.

ويشـترط لاختصاص المحاكم التجارية بدعاوى الإفلاس، أن تتوافر صفة التاجر في

(٦٩) تعتبر قواعد الإفلاس من النظام العام حيث تهدف إلى تصفية أموال المدين التاجر وبيعها تمهيدا لتوزيع ثمنها على الدائنين بنسبة ديونهم. وقد رتب النظام على صدور الحكم بشهر الإفلاس عدة آثار مختلفة أوضحتها المواد ١١٠ وما بعدها من نظام المحكمة التجارية.

الشخص المطلوب إفلاسه. ذلك أن الإفلاس هو نظام خاص بالتجار وحدهم، أما غيرهم فلا يخضعون لأحكامه، وتنطبق عليهم قواعد الإعسار(٧٠).

مدى اختصاص المحاكم التجارية بشهر إفلاس التاجر من تلقاء ذاتها.

يثور التساؤل إزاء النص الوارد في المادة ١٠٨ من النظام التجاري السعودي، والذي أوضح أن إعلان الإفلاس إما أن يكون بطلب من المفلس مباشرة أو بطلب من أحد غرمائه، عن مدى سلطة المحكمة التجارية في أن تقضي بشهر إفلاس التاجر من تلقاء ذاتها، وذلك على غرار ما هو متبع بالأنظمة التجارية المقارنة، والتي تجيز للمحكمة التجارية شهر إفلاس التاجر من تلقاء ذاتها، أي ولو لم يقدم لها طلب بذلك(٧١).

وفي تقديري أنه يجوز للمحكمة التجارية بالمملكة أن تقضي بشهر إفلاس التاجر من تلقاء ذاتها، فلها أن تستعمل هذا الحق كلما ثبت لها بمناسبة مسألة معروضة عليها أنها بصدد مدين تاجر عاجز عن دفع ديونه عجزاً يبرر شهر إفلاسه. ومن الصور التي يمكن أن تقضي فيها المحكمة التجارية بشهر إفلاس التاجر من تلقاء ذاتها أن يرفع أحد الدائنين دعوى لشهر إفلاس مدينه ثم يتنازل عنها. فهذا التنازل لا يمنع المحكمة التجارية

(٧٠) يلاحظ أن اكتساب الشخص لصفة التاجر يكون باحترافه للأعمال التجارية بصرف النظر عن قيده بالسجل التجاري. بمعنى أن القيد بالسجل ليس إلا قرينة بسيطة لاكتساب صفة التاجر، مما يجوز إثبات عكسها. وبالتالي تستطيع المحكمة التجارية شهر إفلاس المدين ولو لم يكن مقيدا بالسجل ما دام قد ثبت لها احترافه للأعمال التجارية. وعلى العكس ترفض المحكمة طلب شهر الإفلاس إذا ما تبين لها أن المدين لا يحترف مزاولة الأعمال التجارية حتى ولو كان مقيدا بالسجل. وتطبيقا لذلك فقد حكم ديوان المظالم بأن الحظر النظامي المفروض على الموظفين الحكوميين بعدم مزاولة الأعمال التجارية لا يحول في ذاته، ولا يمنع من اكتساب صفة التاجر للفرد الذي يشتغل في الأعمال التجارية ويزاولها. انظر قرار الديوان رقم ١٦٨/ت/٤ لعام ١٤١٣هـ.

(٧١) ومن ذلك قانون التجارة المصري الذي ينص في المادة ٥٥٢ على أن يشهر إفلاس التاجر بناء على طلبه أو طلب أحد الدائنين او النيابة العامة. ويجوز للمحكمة أن تقضي بشهر الإفلاس من تلقاء ذاتها. وانظر في نفس المعنى المادة ٢ من قانون الإفلاس والصلح الواقي منه البحريني، والمادة ٢/٦٤٧ من قانون المعاملات التجارية الإماراتي، والمادة ٥٨١ من قانون التجارة العماني، والمادة ٥٥٧ من قانون التجارة الكويتي، والفصل ٤٤٧ من المجلة التجارية التونسية.

من أن تحكم بشــهر الإفلاس خروجاً عن القاعدة العامة التي تقرر أن المحاكم لا تقضي بغير طلب يقدم إليها. ومنح المحكمة هذه الســلطة الاستثنائية يجد سنده النظامي في كون الإفلاس يتعلق بالنظام العــام، باعتباره يهدف إلى حماية حقوق الدائنين، ومن ثم ائتمان النشاط التجاري بالمملكة.

ولا تقف وظيفة المحكمة التجارية عند إصــدار الحكم بشــهر الإفلاس، وإنما تختص بكل المنازعات التي تتفرع عنه، مثل تعيين أمين التفليسة، ووضع الأختام علي محلات التاجر، والســيطرة على دفاتره، والتحفظ على أمواله، وتخصيص ما يكفى من أمواله لعائلتــه ومعيشــتهم. كما تختصــ المحكمة بقفل أعمال التفليســة لعــدم كفاية أموال المفلســ، وبصــفة عامة تختص بالنظر في جميع المنازعات الناشــئة عــن الإفلاس ولو كانت من اختصاص محكمة أخرى[٧٢].

اختصاص المحاكم التجارية بدعاوى التسوية الواقية من الإفلاس:

لا يقــف اختصــاص المحاكم التجاريــة بالنظر في دعاوى الإفلاســ، وإنما ينعقد لها الاختصــاص أيضا بنظر دعاوى التسوية الواقية منه. والهدف من هذه الدعاوى هو أن يتوقى المدين التاجر شــهر إفلاسه، وذلك بطلب التســوية مع الدائنين، وهو ما نصت عليه المادة الثانية من نظام التســوية الواقية من الإفلاس الصــادر بالمرسوم الملكي رقم

(٧٢) والعلة في ذلك أن المحكمة التي قضت بالإفلاس تكون أقدر من غيرها على الفصل في المنازعات الناشئة عنه. فإذا كانت الدعوى مستقلة عن الإفلاس، ولا تنطبق عليها النصوص النظامية المتعلقة بـه، فإنها ترفع إلى المحكمة المختصة طبقا للقواعد العامة. وقد أشار نظام المرافعات الشرعية إلى هذه المسألة حينما نص في الفقرة (ب) من المادة ٢٦ على اختصاص محاكم المملكة بنظر الدعاوي التي ترفع على غير السعودي الذي ليس له مكان إقامة عام أو مختار في المملكة إذا كانت الدعوى متعلقة بإفلاس أشهر في المملكة.

م / ١٦ وتاريخ ٤ / ٩ / ١٤١٦هـ [٧٣].

وتنظر المحاكم التجارية دعاوي التسوية في جلسات يحضرها ذوو الشأن، والرقيب، ومن ترى المحكمة والقاضي المشرف على إجراءات التسوية حضوره. وإذا ما انتهت المحكمة إلى رفض التسوية، استرد الدائنين حقوقهم في رفع دعاوي الإفلاس، واتخاذ إجراءات التنفيذ ضد طالب التسوية [٧٤].

اختصاص المحاكم التجارية برد اعتبار التاجر المفلس:

تختص المحكمة التجارية باعتبارها المحكمة التي قضت بشهر إفلاس التاجر بالنظر في طلب رد اعتباره. ويتوقف قرار المحكمة على قبول طلب الرد أو رفضه بحسب وصف المفلس. فإذا كان مفلسا حقيقيا، أي زاول العمل التجاري برأس مال معلوم وكان ملتزما بإمساك الدفاتر التجارية المنتظمة، ولم يبذر في مصروفاته، غير إنه قد صادفه سوء توفيق جعله يعجز عن سداد ديونه كحريق أمواله أو غرق بضائعه [٧٥]، فإن المحكمة التجارية تقرر رد اعتباره متى قام بالوفاء بكافة ديونه.

أما إذا كان مفلساً مقصراً، أي كان مبذرا في مصاريفه، ولم يبين عجزه في وقته، بل كتمه على غرمائه، فلا يوجد إلزام على المحكمة التجارية برد اعتباره، وإنما تتمتع بسلطة تقديرية في قبول طلب الرد أو رفضه [٧٦]. ومن الأسباب التي ترجح رد اعتباره القيام بسداد ديونه واستيفاء العقوبة الصادرة بحقه. بينما إذا كان مفلساً احتيالياً فلا

(٧٣) وتنص هذه المادة على: "إذا تعذر إجراء الصلح الودي، أو رأي التاجر (فرداً كان أو شركة) أن من مصلحته ابتداء طلب التسوية الواقية من الإفلاس، كان له أن يتقدم إلى ديوان المظالم، (المحكمة التجارية) ويطلب إليه أن يدعو دائنيه ليعرض عليهم تسوية واقية من الإفلاس."

(٧٤) المادة ٢/١٦ من اللائحة التنفيذية لنظام التسوية الواقية من الافلاس.

(٧٥) المادة ١٠٥ من نظام المحكمة التجارية.

(٧٦) المادة ١٠٦ من نظام المحكمة التجارية.

يرد إليه اعتباره، من جانب المحكمة دون أن يكون لها سلطة تقديرية في هذا الشأن(٧٧).

(ب) اختصاص المحاكم التجارية بالحجر على المفلسين ورفعه عنهم:

تختص المحاكم التجارية بالحجر على المفلسين ورفعه عنهم، وذلك بعد أن كان هذا الاختصاص معقودا للمحاكم العامة(٧٨). والمقصود بالحجر هو عدم نفاذ تصرفات التاجر القولية والفعلية من تاريخ قرار المحكمة التجارية بشهر إفلاسه(٧٩).

وتهدف المحاكم التجارية من إصدار قرار الحجر إلى تحقيق مصالح أصحاب الديون أو أصحاب الحقوق، وكذلك للتنبيه على الغير أن يحذروا التعامل معه، وقد أوضح الفقهاء المسلمين هذه المسألة على نحو مفصل ودقيق(٨٠).

وتحكم المحاكم التجارية بالحجر على المفلسين بناء على طلب غرماء التاجر أو احدهم، ويكون الحكم الصادر منها في هذه المسألة له صفة الاستعجال وذلك لوجود الضرر المتحقق.

---

(٧٧) نصت المادة ١٣٣ على أن المفلس الاحتيالي لا يرد إليه اعتباره، وقد عرفته المادة ١٠٧ بأنه من استعمل ضروب الحيل والدسائس في رأس ماله، أو قيد بدفاتره ديونا عليه باسم احد آخر بصورة كاذبة، أو حرر بها سندات، أو فراغ أمواله وعقاره إلى غيره بطريقة نقل الملك، أو اخفي شيئا من أمواله، واشتغل في التجارة بطريق التمويه والاحتيال، او تغفيل التجار على أي صورة كانت، وسواء كان مبذراً أو لم يكن مبذراً، أو لم توجد له دفاتر أو وجدت وكانت غير منتظمة، وأضاع حقوق العباد بتلك الصورة.

(٧٨) المادة ٣٢ (و) من نظام المرافعات الشرعية الملغي، والتي كانت تنص على اختصاص المحاكم العامة بالحجر على السفهاء والمفلسين. وبصدور نظام المرافعات الشرعية الجديد انتقل الاختصاص بالحجر على السفهاء لمحاكم الأحوال الشخصية (المادة ٣٣/أ/٤) بينما انعقد الاختصاص بالحجر على المفلسين للمحاكم التجارية.

(٧٩) المادة ١١٠ من النظام التجاري السعودي. والمقصود بعدم نفاذ تصرفاته القولية عدم ترتيب الآثار القانونية على ما يصدر عنه (كما لو اتفق على التحكيم في أموال التفليسة)، إلا إذا كان التصرف القولي الصادر منه يؤدي إلى تحقيق فائدة محضة له، كأن يهب شخص أمواله للتاجر المحجور عليه فيقبل ذلك. أما المقصود بعدم نفاذ تصرفاته الفعلية فهو منع التاجر من التصرف في أمواله، وعدم الاعتداد بما يكون قد تصرف منها بعد صدور قرار الحجر.

(٨٠) انظر في شرح الفقه الإسلامي لهذه المسألة: البحث المقدم من الشيخ/ خالد بن سعود الرشود بعنوان: "الإفلاس في الفقه والنظام". منشور بمجلة العدل، السنة الرابعة ١٤٢٣هـ، العدد ١٤، ص ١: ص ٢٣.

وإذا ما صـــدر قرار من المحكمة التجارية بالحجر على المفلس، فإنها التي ترفع الحجر عنه، وذلك إذا ما تحققت الأسـباب التي تقتضـي رفع هذا الحجر، ومن أهمها تقسيم ماله بين الغرماء.

المطلب السادس
المنازعات التجارية الأخرى

أوردت الفقـرة (هـ) من المـادة ٣٥ من نظـام المرافعات الشرعية اختصـاص أخير للمحاكم التجارية وهو الفصل في المنازعات التجارية الأخرى. ويقصد بهذه المنازعات كل منازعة لم تندرج تحت الحالات السـابقة ولها صلة بالمعاملات التجارية، أو بمزاولة النشاط التجاري.

ولعل من أهم المنازعات التجارية الأخرى التي تدخل في اختصاص المحاكم التجارية هي المنازعات المصرفية، باعتبارها من صـميم الأعمال التجارية، وقد ورد النص عليها في المادة الثانية من النظام التجاري السـعودي. ومع ذلك ستظل هذه المنازعات بمنأى عن اختصـاص المحاكم التجارية في الوقت الحالي، وسيسـتمر نظرها من لجنة تسوية المنازعات المصرفية لحين انتهاء المجلس الأعلى للقضاء من دراسة وضعها[٨١].

وفي تقديري أن المجلس الأعلى للقضاء لن يجانبه الصواب إذا ما انتهى في دراسته إلى إخضـاع المنازعات المصرفية لاختصـاص المحاكم التجارية، نظراً لما تتمتع به تلك

---

(٨١) نص البنـد الثـاني من القسم الثالث (أحكام عامـة) من آلية العمل التنفيذية لنظام القضـاء ونظام ديوان المظالم علـى أن "يقـوم المجلس الأعلـى للقضاء بعد مباشرته مهامه بإجراء دراسة شاملة لوضـع اللجان المستثناة (البنوك، والسوق المالية، والقضايا الجمركية) المشار إليها في البند (عاشراً) من الترتيبات التنظيمية لأجهزة القضاء وفض المنازعات، ورفع ما يتم التوصل إليه خلال مدة سنة لاستكمال الإجراءات النظامية.

المنازعات من أهمية خاصة تقتضي أن يتولى الفصل فيها القضاء التجاري[٨٢]. وقد عدل الديوان عن هذا الاتجاه في أحكامه التالية، ومن ذلك ما قررته محكمة الاستئناف الإدارية بالرياض (الدائرة الثامنة) في حكمها الصادر بتاريخ ٨ / ١٠ / ١٤٣٠هـ، بتأييدها الحكم الصادر من المحكمة الإدارية بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى المقامة من أحد المواطنين ضد مؤسسة النقد العربي السعودي، والتي يطلب فيها بإلغاء القرار الصادر عن لجنة تسوية المنازعات المصرفية بشأن النزاع القائم بينه وبين أحد البنوك، موضحة في حيثياتها إن الفصل في قضايا البنوك وعملائها قد أُسند إلى لجنة تسوية المنازعات المصرفية بموجب الأمر السامي رقم (٧٢٩ / ٨) وتاريخ ١٠ / ٧ / ١٤٠٧هـ، وبالتالي فإن الطعن عما يصدر عنها من قرارات يخرج عن ولاية المحاكم الإدارية بديوان المظالم ...... حتى صدور ما يلزم بشأنها بعد انتهاء الدراسة المتعلقة بها من المجلس الأعلى للقضاء. انظر الحكم الصادر من المحكمة الإدارية رقم

(٨٢) صدرت أحكاما عديدة عن ديوان المظالم تقضي بأن لجنة تسوية المنازعات المصرفية ليست هي المحكمة المختصة، بل وليست جهة قضائية أو شبه قضائية، وإنما هي جهة إدارية يقوم عملها على إيجاد التسوية المرضية بين البنوك وعملائها، وليس لها حق الإلزام. فإذا لم يرتض الطرفان أو أحدهما ما توصلت إليه اللجنة فإنه يجب إحالة النزاع إلى المحكمة المختصة. ونجتزئ بعض ما ورد في حيثيات هذا الحكم:

"وحيث أن المدعى عليها (لجنة تسوية المنازعات المصرفية) لم تتقيد بما نصت عليه الفقرة السابعة من المرسوم الملكي رقم ٨/٧٢٩ وتاريخ ١٤٠٧/٧/١٠هـ من أنه "عندما تقرر اللجنة المشار إليها في المادة الثانية عدم توصلها إلى تسوية مرضية للطرفين أن يحال النزاع إلى المحكمة المختصة للبت فيه". وحيث ثبت عدم التوصل إلى تسوية مرضية للطرفين، وحيث لم تقم المدعى عليها بما يجب وفق النظام بأن تحيل النزاع للمحكمة المختصة عند عدم توصلها لتسوية مرضية بل قامت بإلزام أطراف النزاع، وقد أدى ذلك إلى سلب حق المدعي في اللجوء إلى المحكمة المختصة (...) فلهذه الأسباب وبعد المداولة حكمت الدائرة بإلغاء قرار لجنة تسوية المنازعات المصرفية وإلزامها بإحالة النزاع للمحكمة المختصة. (الحكم الصادر من المحكمة الإدارية بالرياض في نزاع يتعلق بين المدعي ومصرف الراجحي. (غير منشور). كما أصدر الديوان حكمين آخرين بإلغاء قرارين للجنة الفصل في مخالفات نظام مراقبة البنوك مستندا في حكمه إلى أن ما يصدر عن اللجنة المذكورة من قرارات لا تعد من قبيل الأحكام القضائية التي يمتنع الديوان عن نظرها، وإنما هي قرارات إدارية تخضع لرقابة المحكمة الإدارية بموجب النظام الحالي لديوان المظالم، كما إنها ليست من اللجان المستثناة. (حكم التدقيق رقم ٣٠٠/ت/٢ لعام ١٤٢٧هـ. (غير منشور).

٣١ / د / إ / ٢ لعام ١٤٣٠هـ في القضـية رقم ٧٦٦٨ / ١ / ق لعام ١٤٢٩هـ، والمؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية (الدائرة الثامنة) بجلسة ٨ / ١٠ / ١٤٣٠هـ. (غير منشور).

ويستطيع المجلس تخصيص دائرة للمنازعات المصرفية داخل المحاكم التجارية، وفقا لما نصت عليه المادة ٢٢ من نظام القضاء، بما يحقق مصالح المتقاضين في وجود قضاة متخصصين بتلك الدائرة، فضلا عن نظر قضاياهم على مرحلتين من التقاضي.

أمثلة لمنازعات تجارية أخرى:

وفضلا عن المنازعات المصرفية تختص المحكمة التجارية بالكثير من المنازعات التجارية الأخرى ومن ذلك على سبيل المثال: المنازعات التي تنشأ بين ورثة التاجر ودائنيه بشأن عدم احتفاظ الورثة بالدفاتر التجارية مدة العشر سنوات التي نص عليها نظام الدفاتر التجارية(٨٣)، والنزاع الذي يثور بين المحامي والمزارع بشأن عدم استيفاء الأول للعمولة المتفق عليها نتيجة توسطه لبيع محصول الثاني لدى الغير، والنزاع الذي يثور بين شركتين تجاريتين نتيجة اندماج أحدهما في الأخرى، إذ تختص المحكمة التجارية في التحقق من مدى توافر شروط هذا الاندماج لتحكم بخلافة الشركة الدامجة للشركة المندمجة فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات، أو تقرر عدم توافر شروط الاندماج لكونه لا يعدو ان يكون مجرد نقل قطاع من نشاط الشركة الأولى إلى الشركة الأخرى كحصة عينية في رأسمالها، ومن ثم تحكم بمسؤولية الشركة الأولى عن الديون التي ترتبت في ذمتها قبل الغير، ولو تعلق بالنشاط الذي انتقل للشركة الأخرى(٨٤).

(٨٣) انظر المادة ٨ من نظام الدفاتر التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٦١ وتاريخ ١٧/١٢/١٤٠٩هـ.
(٨٤) انظر معوض عبد التواب "المستحدث في القضاء التجاري". مطبعة طنطا بمصر، ١٩٩١، ص ٣٩٣.

وهكذا يجب أن تكون طبيعة المنازعة تجارية بصرف النظر عن صفة أطرافها، فالنزاع الذي ينتج عن قيام أحد الأشخاص بشراء منقول بقصد بيعه يدخل في اختصاص المحاكم التجارية، ولو لم يكن هذا الشخص مكتسبا لصفة التاجر، لكون عمليات الشراء لأجل البيع تقع دائما عمليات تجارية.

وترتيبا على ما سبق إذا انتفى عن المنازعة صلتها بالنشاط التجاري كما هو الشأن بالنسبة للعمليات الزراعية، أو المكاتب المهنية، أو الأعمال المتعلقة بالرعي والصيد فلا تختص بها المحاكم التجارية. كذلك الشأن في حال قيام الدولة بنزع ملكية المحل التجاري أو الشركة التجارية للمنفعة العامة، إذ يختص الديوان وفقا للمادة ٣٤ من نظام نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة بقبول تظلم أصحاب الشأن (مالك المحل التجاري أو إدارة الشركة) من جميع قرارات اللجان والأجهزة الإدارية فيما تتخذه بشأن تقدير قيمة التعويض، أو للمدة التي تحددها لإخلاء المكان.

وأخيراً فإن المنازعة التي تتعلق بالحالة المدنية للتاجر، أي فيما إذا كانت لديه الأهلية من عدمه لإبرام العقد التجاري هي منازعة تدخل في اختصاص محاكم الأحوال الشخصية ولا تدخل في اختصاص المحاكم التجارية[٨٥].

المبحث الثاني

تنازع الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية

تمهيد وتقسيم:

تعتبر ظاهرة تنازع الاختصاص نتيجة طبيعية لتعدد الجهات القضائية التي تتولى

(٨٥) المادة ٣٣ من نظام المرافعات الشرعية.

الفصــل في المنازعات داخل المملكة العربية السعودية، حيث توجد جهة القضاء العام التــي لها الولايــة العامة بالنظر في كافة المنازعات بما تتضــمنه من محاكم متخصصــة بالدرجة الأولى، وهناك جهة القضــاء الإداري (ديوان المظالم) التي لها ولاية الفصــل في المنازعات الإدارية، وهناك إلى جانبهما اللجان شــبه القضائية التي أعطى لها المنظم السعودي سلطة الفصل في بعض المنازعات كلجان تسوية المنازعات المصرفية، ولجان الفصل في القضايا الجمركية.

ويأخذ التنازع ثلاث صــور مختلفة، فقد يكون تنازعاً ايجابياً (Conflit Positif) حينما تتمســك كل من المحكمة التجارية والجهة القضائية الاخرى بالفصل في نفس موضوع الدعوى. وقد يكون تنازعاً سلبياً (Conflit négatif) حينما تتخلى كل من المحكمة التجارية والجهة القضــائية الأخرى عن نظر الدعوى، وأخيراً قد يكون التنازع متمثلا في صدور حكمين متناقضــين في ذات موضــوع الدعوى، احدهما صادر من المحكمة التجارية، والثاني من الجهة القضائية الأخرى. فكيف يمكن حل هذا التنازع بين المحكمة التجارية وجهات الاختصاص الأخرى؟

في الواقــع تتوقــف الإجابة عــن هذا التســاؤل بحســب مــا إذا كان التنازع على الاختصاص داخل الجهة القضائية الواحدة، أي بين المحكمة التجارية وغيرها من محاكم الدرجة الأولى بجهة القضــاء العام، أم كان التنازع بين جهتين قضــائيتين مختلفتين، أي بين المحكمة التجارية والمحكمة الإدارية أو إحدى اللجان شــبه القضائية. إذ تتباين حلول الفصل في التنازع في الفرض الأول عنه في الفرض الثاني.

وفي ضــوء هذه التفرقة سوف نقوم بتقســيم هذا المبحث إلى مطلبين، فنتكلم في المطلب الأول عن تنازع الاختصــاص داخل جهة القضــاء العــام، ونتكلم في المطلب

الثاني عن تنازع الاختصاص بين جهة القضاء العام والجهات القضائية الأخرى.

المطلب الأول
تنازع الاختصاص داخل جهة القضاء العام

يحدث التنازع على الاختصاص داخل جهة القضاء العام، حينما تكون الدعوى المطروحة أمام المحكمة التجارية هي ذاتها الدعوى المطروحة أمام المحكمة العامة أو غيرها من محاكم الدرجة الأولى الأخرى. ويسمى هذا التنازع بالتنازع الايجابي تمييزا له عن التنازع السلبي الذي تتخلى فيه كل من المحكمة التجارية والمحكمة العامة عن الدعوى المطروحة أمامها، اعتقادا منها إنها تخرج عن نطاق اختصاصها وتدخل في نطاق اختصاص المحكمة الأخرى.

ومن أمثلة التنازع الايجابي أن تعلن المحكمة العامة اختصاصها بالنظر في نزاع يتعلق بعمل مدني قام به التاجر، في حين تعلن المحكمة التجارية اختصاصها بالفصل فيه على أساس إنه عمل تجاري بالتبعية[٨٦].

ومن أمثلة التنازع السلبي أن تقضي المحكمة التجارية بعدم اختصاصها بالدعوى التي يقيمها أحد التجار ضد ورثة تاجر آخر مطالباً إلزامهم بسداد دين مورثهم عن بضائع قام بتوريدها بأجل، مستندة إلى أن الورثة هم أشخاص مدنيين لا يتمتعون بالصفة التجارية، بينما تقضي المحكمة العامة بعدم اختصاصها هي الأخرى بنظر الدعوى لكونها تتعلق بمنازعة تجارية.

كما قد يحدث التنازع في حالة صدور حكمين متناقضين أحدهما من المحكمة

(٨٦) كما يمكن تصور التنازع الإيجابي بين المحكمة التجارية والمحكمة العمالية بشأن الدعوى التي يرفعها العامل ضد الشركة لعدم تقاضيه نسبة من أرباح الشركة.

التجارية والآخر من محكمة الدرجة الأولى الأخرى. ويحدث هذا التنازع حينما تصر كل من المحكمتين على اختصاصها بالفصل في ذات النزاع وترفض الأخذ بالإحالة.

والواقع أن هذه الحالة من التنازع ليست صورة خاصة من صور التنازع بقدر ما هي نتيجة مترتبة على تنازع ايجابي لم يتم فضه في حينه.

كيفية حل التنازع على الاختصاص داخل جهة القضاء العام:

يتم حل التنازع على الاختصاص داخل جهة القضاء العام بحسب نوع التنازع وذلك على النحو التالي:

(أ) حل التنازع الايجابي بين المحكمة التجارية والمحكمة الأخرى بالقضاء العام:

يتم حل التنازع الايجابي بين المحكمة التجارية وغيرها من محاكم الدرجة الأولى عن طريق الدفع بالإحالة أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع أخيرا، وذلك بطلب المدعى عليه إحالة الدعوى إلى المحكمة التي رفعت إليها الدعوى ابتداءً.

وعلة وجوب تقديم الدفع إلى المحكمة التي رفع إليها النزاع أخيرا يأتي تطبيقا للقاعدة التي تقرر أن المحكمة التي رفعت إليها الدعوى أولا هي أولى المحكمتين بالفصل فيها(٨٧). ولذلك أوجب نظام المرافعات الشرعية تقديم الدفع بالإحالة إلى المحكمة التي رفعت أمامها الدعوى متأخراً، حيث تنص المادة ٧٥ من هذا النظام على أن الدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام النزاع نفسه أمامها ...، يجب

(٨٧) يلاحظ إن العبرة في تعيين أي القضيتين التي رفعت أولا هي بتاريخ تقديم صحيفة الدعوى في كل منهما، ومن هذا التاريخ يعتبر الاختصاص قد نزع من باقي المحاكم، وإذا أودعت الصحيفتان في نفس التاريخ فانه يجب النظر إلى تاريخ الجلسة الأولى أمام كل من المحكمتين، فإذا حدث وكانت الجلستان في نفس اليوم فعندئذ يمكن التمسك بالدفع أمام أي من المحكمتين. انظر د. فتحي والى – المرجع السابق – ص ٢٨٨، بند ١٨٩.

إبداؤه قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها". ويشترط لحل التنازع الايجابي على هذا النحو توافر الشروط التالية:

الشرط الأول: وحدة الدعوى المرفوعة أمام المحكمة التجارية والمحكمة الأخرى:

ويقصد بهذا الشرط أن تكون الدعوى المرفوعة أمام المحكمة التجارية هي ذاتها الدعوى المرفوعة أمام المحكمة العامة، أو أي محكمة أخرى من محاكم القضاء العام.

ويستدل على وحدة الدعوى بوحدة عناصرها، أشخاصاً ومحلاً وسبباً. ولا يمنع وحدة المحل في الدعويين أن يختلف المطلوب في إحداهما عن المطلوب في الأخرى ما دام إنه بعضا منه.

الشرط الثاني: قيام الدعوى أمام محكمتين تابعتين لجهة القضاء العام.

يشترط ثانيا أن تكون الدعوى مرفوعة أمام محكمتين تابعتين لجهة القضاء العام، أي المحكمة التجارية وغيرها من محاكم الدرجة الأولى، وتصر كل منهما على اختصاصها بنظر نفس النزاع(٨٨). وعلى ذلك إذا كانت الدعوى مرفوعة أمام جهتين قضائيتين مختلفتين كالمحكمة التجارية والمحكمة الإدارية بديوان المظالم، فإن حل مثل هذا التنازع يكون بتطبيق نص المادة ٢٧ من نظام القضاء كما سنرى، وليس عن طريق الدفع بالإحالة.

كما يستبعد الدفع بالإحالة إذا كان النزاع مطروحا أمام دائرتين من نفس المحكمة، لأن اختلاف الدوائر لا يعني اختلاف المحكمة(٨٩).

وأخيراً لا محل للدفع بالإحالة إذا كانت الدعوى مرفوعة أمام المحكمة التجارية

(٨٨) ذلك أنه إذا كانت الدعوى مرفوعة أمام محكمة مختصة وأخري غير مختصة، فإن الأخيرة تحكم بالإحالة بسبب عدم الاختصاص لا بسبب وحدة الدعوى، وتكون الإحالة وجوبيه في هذه الحالة.

(٨٩) ويتم حل التنازع حينما يكون بين دائرتين عن طريق قيام المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم بضم الدعويين أمام الدائرة المختصة.

وأمـام هيئات التحكيم. إذ يســتطيع المدعى عليه أن يتمســك أمـام المحكمة التجارية بالاتفاق على التحكيم لتقضي بعدم جواز نظر الدعوى.

الشرط الثالث: استمرار نظر الدعويين عند إبداء الدفع بالإحالة:

يشــترط أخيراً أن تكون الدعويان قائمتين بالفعل أمـام المحكمة التجارية والمحكمة الأخـرى عند إبداء الدفع بالإحالـة، لأنه لا محل للإحالة إذا كانــت إحدى الدعويين قد انقضــت بتركها، أو بســقوطها، أو باعتبارها كأن لم تكن، أو غير ذلك من أسـباب انقضاء الخصومة بغير حكم في الموضوع. كذلك لا محل للإحالة إذا ما فصلت إحدى المحكمتين في موضوع الدعوى، لأن حكمها في هذه الحالة يحتج به أمام المحكمة التي ما زالت الدعوى قائمة أمامها(٩٠). وعلى ذلك إذا حكم في الدعوى بوقفها، جاز الدفع بالإحالة، لأن الحكم بوقف الدعوى لا يزيل الخصــومة، إلا إذا مضــت المدة التي تعتبر الدعوى بعدها كأن لم تكن، فحينئذ يمتنع الدفع بالإحالة لأنه لا محل له(٩١).

أثر توافر الشروط السابقة:

إذا توافــرت الشروط الســابقة وتم إبداء الدفــع بالإحالة، فإن المحكمة تفصـل فيه بالقبول أو الرفض بعد ســماع مرافعة الخصــوم. ولا تثور مشكلة إذا ما قبلت المحكمة الدفع بالإحالة، حيث يتأكد الاختصــاص بنظر الدعوى للمحكمة الأولى دون غيرها، سواء أكانت هي المحكمة التجارية أو غيرها.

أما إذا رفضــت المحكمة الثانية الدفع بالإحالة أو لم يدفع أمامها من أحد الخصــمين

---

(٩٠) د. احمد السيد الصاوي: "الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية". دار النهضة العربية ١٩٨١، ٢٢٢.

(٩١) تنص المادة ٨٦ من نظام المرافعات الشرعية على إنه "يجوز وقف الدعوى بناء على اتفاق الخصوم على عدم السير فيها مدة لا تزيد على ستة أشهر من تاريخ إقرار المحكمة اتفاقهم، ..... وإذا لم يعاود الخصوم السير في الدعوى في الأيام العشرة التالية لنهاية الأجل، عُدَّ المدعي تاركاً دعواه".

بالإحالة فلا مفر من اللجوء إلى القواعد العامة للطعن في الأحكام. إذ يعد هذا الطعن الوسيلة المتاحة أمام الخصوم لتصويب القرار الصادر من المحكمة التي أعلنت اختصاصها على وجه غير صحيح. ويتم هذا الطعن أمام محكمة الاستئناف التي تعين المحكمة المختصة في هذا الخصوص وتحيل الدعوى إليها. وهو ما نصت عليه المادة ٢٨٦ / ١ من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية بقولها: "إذا نقضت المحكمة التي تنظر الاعتراض الحكم لمخالفته الاختصاص، عينت المحكمة المختصة، وأحالت القضية إليها...".

ولا يجوز لذوي الشأن الطعن في الحكم الصادر بالاختصاص من محكمة الدرجة الأولى طعنا مباشرا وعلى استقلال، وإنما لابد أن يكون هذا الطعن بعد صدور الحكم الختامي المنهي للخصومة تطبيقا لنص المادة ١٧٨ من نظام المرافعات الشرعية(٩٢).

وعلى ذلك يجب على ذوي الشأن انتظار الحكم الصادر من المحكمة التجارية أو المحكمة العامة للاعتراض عليه أو تدقيقه أمام محكمة الاستئناف. فقد تدارك أيًّا منهما عند البحث في موضوع الدعوى إنها تخرج عن اختصاصها، فتحكم بذلك، وتبقى الدعوى الماثلة من اختصاص المحكمة الأخرى(٩٣).

(٩٢) وتنص هذه المادة على انه: "لا يجوز الاعتراض على الأحكام التي تصدر قبل الفصل في الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة كلها أو بعضها إلا مع الاعتراض على الحكم الصادر في الموضوع..".

(٩٣) الأصل أن تقضي المحكمة في الدفع بعدم الاختصاص قبل الفصل في موضوع الدعوى. إذ قد يغنيها الفصل في الدفع الشكلي عن التعرض لموضوع الدعوى. ولكن أحياناً يقتضي الفصل في الدفع بحث موضوع الدعوى، ولذلك يكون من الطبيعي أن تضم المحكمة الدفع للموضوع لتستنير بالكلام في الموضوع عند الحكم في الدفع. ولذا أجاز نظام المرافعات الشرعية في المادة ٧٧ أن تأمر المحكمة بضم الدفع للموضوع وتحكم فيهما بحكم واحد. وذلك بقولها: "تحكم المحكمة في الدفوع المنصوص عليها في المادتين (الخامسة والسبعين والسادسة والسبعين) من هذا النظام على استقلال، ما لم تقرر ضمها إلى موضوع الدعوى، وعندئذ تبين ما حكمت به في كل من الدفوع والموضوع.

(ب) حل التنازع السلبي بين المحكمة التجارية والمحكمة الأخرى بالقضاء العام.

يتم حل التنازع السلبي بين المحكمة التجارية وغيرها من محاكم الدرجة الأولى داخل جهة القضاء العام عن طريق إعمال المادة ٧٨ من نظام المرافعات الشرعية والتي تنص على: "... يجب على المحكمة إذا حكمت بعدم اختصاصها، واكتسب الحكم القطعية أن تحيل الدعوى إلى المحكمة المختصة، وتعلم الخصوم بذلك".

ويشترط لحل التنازع السلبي وفقا لهذا النص أن يكتسب الحكم القطعية، أي يتأكد عدم اختصاص أيًّا من المحكمتين اللتين بينهما حالة التنازع السلبي من قبل محكمة الاستئناف. فبتأييد الأخيرة للحكم الصادر من إحدى المحكمتين بعدم الاختصاص تحال الدعوى إلى المحكمة الأخرى التي تصبح هي المحكمة المختصة، ما لم يعترض أحد الخصوم على هذا الحكم الاستئنافي أمام المحكمة العليا(٩٤).

ولكن قد يحدث أن تلغي محكمة الاستئناف الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى - ولتكن المحكمة التجارية - بعدم الاختصاص. وهنا يتعين على المحكمة الاستئنافية أن تعيد القضية إليها لتفصل في موضوعها. وفي ذلك تنص المادة ١٩٢ من نظام المرافعات الشرعية على ما يلي: "إذا حكمت محكمة الاستئناف بالغاء حكم محكمة الدرجة الأولى الصادر بعدم الاختصاص ..... وجب عليها أن تعيد القضية

(٩٤) وفي حالة هذا الاعتراض تقتصر المحكمة العليا على بحث مسألة الاختصاص، فإذا ما رفضت الاعتراض وأيدت الحكم الاستئنافي، تأكد عدم اختصاص محكمة الدرجة الأولى، ولتكن المحكمة العامة، والتزمت المحكمة المحال إليها الدعوى ولتكن المحكمة التجارية بالفصل فيها، ومن ثم يمتنع على الأخيرة أن تعاود البحث في مسألة الاختصاص من جديد، احتراما للحجية التي حازها الحكم بعدم الاختصاص بعد صيرورته قطعيا.

إلى المحكمة التي أصدرت الحكم، للنظر في موضوعها"[٩٥].

ويستفاد مما تقدم في تقديري أن الاحالة التي تتم بين محاكم الدرجة الأولى، أي الاحالة التي تتم من نفس طبقة المحكمة، كالإحالة من المحكمة التجارية إلى المحكمة العامة أو العكس، هي إحالة غير ملزمة للمحكمة المحال إليها للأسباب التي بنيت عليها، إذ تستطيع المحكمة التي احيلت اليها الدعوى أن تحكم هي الأخرى بعدم اختصاصها إذا رأت أن موضوع الدعوى يخرج نظاما من اختصاصها، دون أن تكون قد خالفت بذلك المادة ٧٨ من نظام المرافعات الشرعية.

وعلى عكس ذلك يرى بعض الشراح إنه يتعين على المحكمة التي تحال إليها الدعوى أن تحترم قرار الإحالة وتلتزم به، بمعنى أنه لا يجوز لها أن تقضي بعدم اختصاصها، بل يجب أن تمضي في نظر الدعوى موضوعيًّا، يستوي في ذلك أن تكون المحكمة التي أحيلت إليها الدعوى من نفس طبقة المحكمة المحيلة أو من طبقة أعلى. ووجهة نظر هذا الرأي هو تبسيط الإجراءات ورعاية لمصلحة الخصوم، حتى لا تتردد الدعوى بين المحكمة التي إحالتها وبين المحكمة المحال إليها، مما يؤدي إلى حرمان صاحب الحق من الحصول على الحماية القضائية[٩٦].

وفي تقديري إن المحكمة المحال إليها الدعوى غير ملزمة بقرار المحكمة المحيلة ما دامت من نفس طبقة المحكمة، إذ يعد قرارها في هذا الشأن قراراً ابتدائيًّا لم يصبح بعد قطعيا حتى يتأكد عدم اختصاصها بنظر الدعوى، والقول بغير ذلك به مخالفة

(٩٥) إلا إذا تم الاعتراض على قرار محكمة الاستئناف أمام المحكمة العليا، فيجب على محكمة الدرجة الأولى الانتظار لحين ما يسفر عنه قرارها، ومن الطبيعي أن يكون الطعن في القرار الصادر بعدم الاختصاص على استقلال بخلاف الحكم الصادر بالاختصاص الذي لا يجوز الطعن فيه على استقلال، لأن الحكم بعدم الاختصاص ينأى بالمحكمة عن نظر موضوع الدعوى.

(٩٦) من هذا الرأي د. رمزي سيف: "الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية". ط. ١٩٦٨، بند ٣٢٩.

صريحة لنص المادة ٧٨ من نظام المرافعات الشرعية، التي استوجبت أن يكتسب الحكم بعدم الاختصــاص القطعية. وإلا كان في التزام المحكمة المحال إليها الدعوى بالفصل فيها ولجوء أحد الخصــو م للطعن في الحكم الصــادر بعدم الاختصــاص أمام محكمة الاســتئناف وإلغائه من قبل الأخيرة مقتضيا إعادة نظر الدعوى موضوعيًّا أمام المحكمة الأولــى التي قضــت بعدم اختصاصــها وبالإحالــة. وقد يحدث ذلك بعــد أن تكو ن المحكمــة التي أحيلت إليها الدعوى قد قطعت مرحلة طويلة في نظرها موضــوعيًّا، أو حكمت فعلاً في موضوعها، مما يقتضي استئناف حكمها الموضوعي وإلغائه على أساس صدوره من محكمة تبين أنها غير مختصة(٩٧).

والخلاصــة لا التزام على المحكمة المحال إليها الدعوى بالفصل في موضوعها، وإنما يتعــين عليها أن تبحث بداءة وقبل النظر في موضــوع الدعوى مدى اختصاصــها بها وفقــا للنظام المحدد لولايتها، أي أن غاية الأمر هو التزام المحكمة بنظر الدعوى وليس بالفصل فيها.

(ج) حل التنازع في حال صدور حكمين متناقضين من جهة القضاء العام:

يتم حل التنازع في حال صــدور حكمين متناقضــين من المحكمة التجارية والمحكمة الأخرى داخل جهة القضاء العام، عن طريق الاعتراض على حكم كل منهما أو أحدهما أمام محكمة الاستئناف.

---

(٩٧) يلاحظ أن قرار المحكمة المحيلة لا يلزم الخصوم، ولا يخل بحقهم في الاعتراض عليه أمام محكمة الاستئناف، بمعنى إذا قضت المحكمة التي رفعت إليها الدعوى بعدم اختصاصها (المحكمة العامة مثلا) وبإحالة القضية إلى المحكمة التى تراها مختصة (المحكمة التجارية)، فإنه يجوز لمن يتضرر من ذلك من الخصوم أن يعترض على هذا الحكم، ولا يعتبر تعرضه للموضوع أمام المحكمة التي أحيلت إليها الدعوى رضاء منه بالإحالة ما نعا من الطعن في الحكم الصادر، ذلك أن قواعد الاختصاص النوعي كما سبق القول هي من النظام العام، ويجوز إثارة الدفع بعدم الاختصاص ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا.

وتبت محكمة الاستئناف في النزاع على أساس إنها محكمة موضوع، فتبطل حكم إحدى المحكمتين التي تكون فعلا غير مختصة، وتؤيد حكم الأخرى.

ولأن مسألة الاختصاص النوعي من النظام العام، تتصدى محكمة الاستئناف من تلقاء ذاتها لبطلان الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى عند تدقيقه أو عند الاعتراض عليه إذا تبين لها عدم اختصاص محكمة الدرجة الأولى بالدعوى محل الحكم، وإحالتها في هذه الحالة للمحكمة المختصة. وإذا لم تتدارك محكمة الاستئناف تصويب ذلك الحكم فإنه يصبح حريا بالإلغاء أمام المحكمة العليا عند الاعتراض عليه، ذلك أن من الأسباب المحددة على سبيل الحصر لقبول الاعتراض على الحكم الاستئنافي أمام المحكمة العليا أن تكون المحكمة أو الدائرة التي أصدرته غير مختصة[٩٨].

وعلى ذلك تستطيع المحكمة العليا إلغاء الحكم الاستئنافي حتى ولو جاء متفقا مع صحيح النصوص الشرعية والنظامية في حل النزاع، ما دام قد ثبت لها أن الدعوى تخرج عن اختصاص محكمة الدرجة الأولى. وهو ما أكدته الفقرة الثانية من المادة ٢٨٦ من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية بقولها: "إذا نقضت المحكمة العليا الحكم لمخالفته الاختصاص فيعد قرارها في تعيين المحكمة ملزما ...".

وغني عن البيان إنه في حالة الغاء المحكمة العليا الحكم الصادر من محكمة الاستئناف لمخالفته قواعد الاختصاص، فإن الدعوى تحال إلى محكمة الدرجة الأولى المختصة لا

(٩٨) تنص المادة ١٩٣ من نظام المرافعات الشرعية على أن للمحكوم عليه الاعتراض بطلب النقض أمام المحكمة العليا على الأحكام والقرارات التي تصدرها أو تؤيدها محاكم الاستئناف، متى كان محل الاعتراض على الحكم ما يلي:

١- ....

٢- ....

٣- صدور الحكم من محكمة أو دائرة غير مختصة.

إلى محكمة الاستئناف، وذلك تطبيقا لمبدأ التقاضي على درجتين.

المطلب الثاني
تنازع الاختصاص بين المحكمة التجارية وجهة قضائية أخرى

يعد التنازع على الاختصاص بين المحكمة التجارية ومحكمة أخرى لا تتبع جهة القضاء العام، هو تنازع بين جهتين قضائيتين مختلفتين، أوضحته المادة ٢٧ من نظام القضاء بقولها: إذا رفعت دعوى عن موضوع واحد أمام إحدى المحاكم الخاضعة لنظام القضاء (وهي في بحثنا المحكمة التجارية) وأمام إحدى محاكم ديوان المظالم، أو أي جهة أخرى تختص بالفصل في بعض المنازعات (كاللجان شبه القضائية)، ولم تتخل إحداهما عن نظرها[٩٩] أو تخلتا كلتاهما[١٠٠] فيرفع طلب تعيين الجهة المختصة إلى لجنة الفصل في تنازع الاختصاص في المجلس الأعلى للقضاء.

كما نصت المادة المذكورة على الصورة الثالثة من صور التنازع، والمتمثلة في صدور حكمين نهائيين متناقضين، أحدهما صادر من إحدى المحاكم الخاضعة لنظام القضاء (المحكمة التجارية) والآخر من إحدى محاكم ديوان المظالم أو الجهة الأخرى.

ومن أمثلة التنازع الايجابي بين المحكمة التجارية والمحكمة الإدارية بديوان المظالم: الدعوى المتعلقة بتنازع شخصين أو أكثر على تسجيل نفس العلامة التجارية أو علامات متشابهة، بشكل يحدث اللبس عن فئة واحدة من فئات المنتجات أو الخدمات، ورفض

(٩٩) وهذا هو التنازع الايجابي والذي يشترط لقيامه أن تتمسك كلتا الجهتين القضائيتين بولاياتهما بنظر موضوع الدعوى سواء كان ذلك صراحة برفض الدفع بعدم الاختصاص، أو ضمنا من خلال الاستمرار في نظر الدعوى رغم الدفع بعدم اختصاصها من جانب أحد الخصوم.

(١٠٠) وهذا هو التنازع السلبي الذي يتمثل في تخلى كل من المحكمة التجارية والجهة القضائية الأخرى عن نظر الدعوى، ومن ثم تصبح الدعوى من غير قاض ينظرها.

كل منهما أن يتنازل للآخر كتابيا. إذ قد تعلن المحكمة الإدارية اختصاصها بالفصل في النزاع تطبيقا للمادة الثامنة من نظام العلامات التجارية التي نصت على وقف طلب التسجيل إلى أن يصدر حكم نهائي من ديوان المظالم بأحقية أحدهم في التسجيل. بينما قد تعلن المحكمة التجارية اختصاصها بالفصل في النزاع تأسيسا على أن طبيعة المنازعة تجارية، مستندة في ذلك إلى أن جهة الإدارة (مكتب العلامات التجارية بوزارة التجارة والصناعة) ليست طرفا في النزاع مع طالبي التسجيل، وأن عامل الترجيح بين العلامتين يتطلب التعرض للنشاط التجاري لكل منهما.

ومن أمثلة المنازعات بين المحكمة التجارية واللجان شبه القضائية النزاع حول مطالبة الغير ببيع أسهم الشريك ليتقاضى حقه من حصيلة البيع، إذ قد يرفع النزاع إلى المحكمة التجارية فتختص به، كما يرفع للجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية فتعلن هي الأخرى الاختصاص به. كما قد يثور التنازع بين المحكمة التجارية ولجنة الفصل في المنازعات الجمركية بشأن بيع أحد التجار لسلع لتاجر آخر دون أن يكون الأول قد قام بدفع الرسوم الجمركية عن استيرادها تحت شرط الإدخال المؤقت.

ويشترط لقيام التنازع في الاختصاص بين الجهتين القضائيتين أن يكون موضوع الدعوى واحدا، أي أن الدعوى الواحدة أو ذات الموضوع الواحد تكون مرفوعة أمام المحكمة التجارية وفي نفس الوقت أمام إحدى محاكم ديوان المظالم، أو أمام لجنة شبه قضائية، فإن اختلف موضوع الدعوى فلا يحدث التنازع على الاختصاص.

وبالنسبة للتنازع السلبي، يشترط أن يكون الحكم الصادر من المحكمة التجارية بعدم اختصاصها بنظر الدعوى قد أصبح قطعيا، وكذلك بالنسبة للحكم الصادر من الجهة الأخرى (القضاء الإداري أو اللجان شبه القضائية). فإذا كان أحدهما قطعي

والآخر لم يصبح كذلك، فلا يقبل طلب حل التنازع قبل صيرورة الحكم الثاني قطعيا، إذ قد يغنى الالتجاء إلى الطعن في الحكم الثاني أمام المحكمة العليا أو المحكمة الإدارية العليا – بحسب الأحوال – عن طلب فض التنازع، إذا ما انتهت محكمة الطعن إلى بطلان الحكم بعدم الاختصاص وإلغائه(١٠١).

أما الصورة الأخيرة من صور التنازع وهي تناقض الأحكام، فيشترط وفقا لنص المادة ٢٧ أن يصدر حكمين نهائيين متناقضين، احدهما من جهة القضاء العام والآخر من جهة القضاء الإداري أو اللجنة شبه القضائية(١٠٢).

ومعنى ذلك إذا لم يكن الحكم نهائيا، فإن الطريق الطبيعي لحل التنازع هو أن يباشر صاحب الشأن الإجراءات المقررة في نطاق الجهة القضائية التي تتبعها المحكمة التي أصدرته، وذلك وفقا لقواعد الاعتراض على الأحكام.

ويشترط أخيراً أن يكون كل من الحكمين النهائيين قد فصل في موضوع الدعوى على نحو يتعارض مع ما قضي به الآخر، بحيث تكون هناك صعوبة في تنفيذهما معا. وبمعنى آخر أن يكونا الحكمان تصادما ليغدو متعذراً عقلاً ومنطقاً اجتماع تنفيذهما معا، مما يستوجب أن تتولى اللجنة حسم هذا التناقض بالمفاضلة بين الحكمين على أساس

(١٠١) يُعد صدور حكمان قطعيان من الجهتين القضائيتين بعدم الاختصاص هو الذي يقطع بحدوث هذا التنازع السلبي بينهما، بعد رقابة أعلى جهة قضائية في كل منهما على مسألة عدم الاختصاص. وذلك على خلاف التنازع الايجابي الذي ليس شرطا أن تصل الخصومة فيه أمام إحدى الجهتين المتنازعتين إلى حكم نهائي، لأن شرط تطبيق المادة السابعة والعشرون بالنسبة للتنازع الايجابي أن تكون الخصومة قائمة أمام كل من المحكمتين المتنازعتين عند رفع الأمر إلى اللجنة المذكورة. أما إذا كان قد صدرت أحكاما نهائية فسنكون امام الصورة الثالثة من صور التنازع. انظر د. عبد الهادي عباس – المرجع السابق - ص ٥٦٧.

(١٠٢) الحكم النهائي هو الحكم الحائز على حجية الشيء المقضي به، أي مستنفذا لكل طرق الطعن العادية. وبالتالي إذا كان الحكمان أو أحدهما لا زال قابلا للاعتراض عليه أمام محكمة الاستئناف (أو محكمة الاستئناف الإدارية) وجب استنفاد هذا الطريق قبل الالتجاء إلى لجنة فض التنازع لاحتمال إلغاء الحكم في الاستئناف دون الرجوع إلى اللجنة المذكورة. انظر د. عباس عبد الهادي – المرجع السابق - ص ٥٦٨.

من قواعد الاختصاص الولائي، لتحدد على ضوئها أيهما قد صدر من الجهة التي لها ولاية الفصل في الدعوى، وأحقهما بالتالي بالتنفيذ(١٠٣).

كيفية حل التنازع على الاختصاص بين الجهتين القضائيتين:

أوضح نظام القضاء كيفية حل التنازع على الاختصاص بين الجهتين القضائيتين بالنص في المادة ٢٧ على تشكيل لجنة داخل المجلس الأعلى للقضاء تسمى لجنة الفصل في تنازع الاختصاص. إذ يجب أن يتقدم لها ذوي الشأن بطلب فض التنازع وذلك بتعيين الجهة المختصة في حالة التنازع الايجابي أو السلبي، أو لطلب تحديد الحكم المتعين تنفيذه في حالة صدور حكمين نهائيين متناقضين(١٠٤).

ويشترط لاختصاص اللجنة بفض حالة التنازع الايجابي أن تكون الدعوى مازالت مطروحة أمام المحكمة التجارية وأمام الجهة القضائية الأخرى وقت تقديم طلب فض التنازع . ويعني هذا الشرط، إنه إذا كانت الدعوى قد زالت أمام أية جهة من الجهتين المتنازعتين واستنفدت ولاياتها بشأنها، فلا نكون أمام حالة تنازع . ومثال ذلك أن يصدر حكما نهائيا في الخصومة من إحدى الجهتين، فعندئذ لا يكون ثمة مبرر لتعيين المحكمة المختصة، إذ تكون هذه الجهة قد استنفدت ولاياتها، وخرجت الخصومة من حوزتها بصدور الحكم النهائي منها، ومن ثم لا تكون الدعوى قائمة إلا أمام جهة قضائية واحدة.

(١٠٣) د. أحمد مخلوف "الوسيط في شرح التنظيم القضائي الجديد بالمملكة العربية السعودية". مرجع سابق، ص ٣٠٧.

(١٠٤) يتم تشكيل لجنة الفصل في التنازع على الاختصاص من ثلاثة أعضاء على النحو التالي: عضو من المحكمة العليا يختاره رئيس المحكمة. وعضو من ديوان المظالم أو الجهة الأخرى يختاره رئيس الديوان أو رئيس الجهة بحسب الأحوال، وعضو من القضاة المتفرغين أعضاء المجلس الأعلى للقضاء يختاره رئيس المجلس ويكون رئيساً لهذه اللجنة. ويلاحظ على هذا التشكيل إنه لم يراع المساواة المطلوبة في تمثيل كل جهة. (انظر) في هذه المسألة تفصيلا كتاب د. أحمد مخلوف "الوسيط في شرح التنظيم القضائي بالمملكة العربية السعودية". مرجع سابق – ص ٣١١، ٣١٢.

وبالمثل إذا زالت الدعوى أمام إحدى الجهتين عن طريق حكم إجرائي قبل الفصل في الموضوع، كما لو حُكم ببطلان صحيفة الدعوى، أو بعدم قبولها، أو بسقوط الخصومة فيها، أو بقبول تركها أو شطبها، فإن صدور أي حكم إجرائي كهذا مع استمرار نظر نفس موضوع الدعوى أمام الجهة الأخرى، لا يبرر طلب تعيين الجهة القضائية المختصة بالفصل في النزاع.

وبالنسبة للتناقض في الأحكام يجب أن يكون الحكمان قائمين عند طلب حل التنازع، فإذا كان قد تم إلغاء أحدهما من الجهة التي أصدرته، فلا يوجد تنازعا، ومن ثم فلا محل لطلب فض التنازع.

إجراءات الفصل في طلب فض التنازع:

تتلخص الإجراءات في طلب فض التنازع عن طريق تقديم صحيفة إلى الأمانة العامة للمجلس الأعلى للقضاء، متضمنة تعيين الجهة المختصة بنظر الدعوى في حالة التنازع الايجابي أو التنازع السلبي، أو لطلب تحديد الحكم المتعين تنفيذه في حالة صدور حكمين نهائيين متناقضين(١٠٥).

وعلى الطالب أن يودع مع الصحيفة صوراً منها بقدر عدد الخصوم في الدعوى محل التنازع الإيجابي أو السلبي، أو التي صدر بشأنها الحكمين النهائيين المتناقضين، وأن المستندات التي تؤيد طلبه(١٠٦).

---

(١٠٥) ويجب أن تشتمل هذه الصحيفة على البيانات التالية: أسماء الخصوم وصفاتهم وأماكن إقامتهم، موضوع الطلب، بياناً كافياً عن الدعوى التي وقع في شأنها التنازع الايجابي، أو التنازع السلبي (التخلي) أو النزاع الذي نشأ في شأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين.

(١٠٦) وذلك كوجود شهادة صادرة عن المحكمة التجارية وأخرى عن المحكمة الإدارية تفيد كل منها بأن القضية منظورة أمامهما، أو تقديم صورة رسمية في حالة التنازع السلبي بالحكم الصادر بعدم الاختصاص، أو صورة رسمية من الحكمين اللذين وقع في شأنهما التناقض وكونهما حكمان نهائيان.

ويترتب على رفع الطلب إلى لجنة الفصل في تنازع الاختصاص كما اوضحت المادة ٢٩ وقف السير في الدعوى المقدم في شأنها الطلب(١٠٧). وإذا قدم الطلب بعد الحكم في الدعوى فلرئيس لجنة الفصل في تنازع الاختصاص أن يأمر بوقف تنفيذ الحكمين المتعارضين أو أحدهما.

ويتولى رئيس لجنة الفصل في تنازع الاختصاص تعيين أحد أعضائها لتحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعة(١٠٨). وتتولى الأمانة العامة للمجلس الأعلى للقضاء إعلام الخصوم بصورة من صحيفة الدعوى مع تكليفهم بالحضور في الجلسة المحددة لنظر في موضوع الدعوى. ويسري على جلسة المرافعة أمام اللجنة المذكورة ما يسري على سائر جلسات المرافعة بالمحاكم من قواعد وإجراءات نص عليها نظام المرافعات الشرعية، وبما لا يتعارض مع طبيعة واختصاصات اللجنة.

هذا ويعد القرار الصادر من لجنة الفصل في تنازع الاختصاص قراراً نهائيًّا غير قابل للاعتراض عليه بأي طريق من طرق الطعن، وهذا ما أوضحته المادة الثلاثين من نظام القضاء بقولها: "يصدر قرار لجنة الفصل في تنازع الاختصاص بالأغلبية، ويكون غير قابل للاعتراض".

(١٠٧) وينصرف حكم هذا النص إلى حالة التنازع الإيجابي، فهو وحده الذي تكون فيه الدعويان قائمتين أمام الجهتين المتنازعتين. أما في حالة التنازع السلبي، فليس هناك دعاوي قائمة أمام الجهات القضائية ليتم وقف النظر فيها بعد إعلان كل من الجهتين عدم اختصاصها، ومن ثم يكون دور اللجنة هو تحديد المحكمة التي يتعين عليها الفصل في النزاع وعدم التخلي عن نظره.

(١٠٨) يقصد بتحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعة إعداد تقرير مفصل بشأنها يحدد الوقائع المشتملة عليها، والمسائل النظامية التي تثيرها حالة التنازع المطروحة على اللجنة، وابداء الرأي النظامي بشأنها على وجه الاستقلال، دون التقيد بما ورد من رأي أو أسباب في صحيفة الدعوى. وللجنة في سبيل تهيئة الدعوى للمرافعة الاتصال بالجهات الحكومية ذات الشأن للحصول على ما يكون لازما من بيانات وأوراق، ولها أن تأمر باستدعاء ذوى الشأن لسؤالهم عن الوقائع التي ترى لزوم تحقيقها، أو تكليف ذوى الشأن بتقديم مذكرات أو مستندات تكميلية وغير ذلك من إجراءات لازمة في سبيل تهيئة الدعوى.

انتفاء التنازع على الاختصاص عند الاتفاق على التحكيم:

قد يتفق التجار على اللجوء إلى التحكيم لما يتميز به من سرعة للفصل في المنازعات، وذلك من خلال إحدى صور ثلاثة نص عليها نظام التحكيم السعودي الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٣٤ وتاريخ ٢٤ / ٥ / ١٤٣٣هـ وهي: شرط التحكيم، ومشارطة التحكيم، وشرط التحكيم بالإحالة(١٠٩).

ويرتب اتفاق التحكيم أيا كانت الصورة التي يتخذها أثرين هامين:

الأثر الايجابي: وهو اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في النزاع.

الأثر السلبي: وهو عدم اختصاص المحكمة التجارية بالفصل في ذات النزاع.

ومع ذلك قد يعمد احد الأطراف إلى تجاهل اتفاق التحكيم واللجوء للمحكمة التجارية للفصل في النزاع محل الاتفاق. ومن ثم يثور التساؤل عن متى ينقطع اختصاص هيئة التحكيم ويثبت الاختصاص للمحكمة التجارية، ومتى ينقطع اختصاص المحكمة التجارية ويثبت الاختصاص لهيئة التحكيم؟

أجابت عن ذلك التساؤل المادة الحادية عشرة من نظام التحكيم السعودي بقولها: "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد في شأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم جواز نظر الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى".

(١٠٩) يمكن التفرقة بين الصور الثلاثة في اللجوء إلى التحكيم بحسب توقيت الاتفاق، فشرط التحكيم يتم بموجبه الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم قبل حدوث النزاع من خلال شرط يدرج في العقد التجاري بين التجار، وذلك وفقا للصيغة التالية: "في حالة حدوث خلاف بين الأطراف بشأن تنفيذ العقد أو تفسيره يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم وفقا لنظام التحكيم بالمملكة العربية السعودية". أما مشارطة التحكيم: فيتم الاتفاق على التحكيم بموجبها بعد حدوث النزاع من خلال اتفاق منفصل عن العقد. وأخيرا شرط التحكيم بالإحالة والذي يتم بموجبه اللجوء إلى التحكيم من خلال إحالة الأطراف في العقد التجاري الذي يبرمونه إلى أحكام عقد سابق بين الطرفين، أو إلى احكام عقد نموذجي ورد به شرط التحكيم. انظر د. أحمد مخلوف: "المستحدث في نظام التحكيم السعودي الجديد". منشور بدورية معهد الإدارة العامة، العدد الثاني من المجلد ٥٣، الصادر في ربيع الأخر ١٤٣٤هـ، ص ٤٥٨ – ٥١٤.

ومعنى ذلك انه يجب التمسك باتفاق التحكيم أمام المحكمة التجارية قبل الدخول في موضوع الدعوى باعتباره من الدفوع الشكلية. فإذا لم يثر الطرف المدعى عليه اتفاق التحكيم أمام المحكمة التجارية، فإن هذه الأخيرة لا تثيره من تلقاء نفسها، وتبت في النزاع كأن اتفاق التحكيم غير موجود. وإذا ما تنازل المدعى عليه عن التمسك بهذا الاتفاق أمام المحكمة التجارية، فإنه لا يستطيع إثارته لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.

وعلى ذلك فالتمسك باتفاق التحكيم أمام المحكمة التجارية هو الذي يجعلها تحكم بعدم جواز نظر الدعوى، وهي غير ملزمة في هذه الحالة بإحالة الدعوى إلى هيئة التحكيم، ذلك أن من المقرر إنه عندما تحكم المحكمة بعدم القبول لا تحكم بالإحالة(١١٠).

وقد يحدث أن يتم الاتفاق على التحكيم أثناء نظر النزاع أمام المحكمة التجارية، وفي هذه الحالة يتعين على المحكمة التجارية أن تحيل النزاع إلى هيئة التحكيم وتوقف النظر في الدعوى(١١١).

ومع ذلك تثير الفقرة الثانية من المادة الحادية عشرة من نظام التحكيم إمكانية حدوث التنازع على الاختصاص بين المحكمة التجارية وهيئات التحكيم وذلك بقولها: "لا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم، أو الاستمرار فيها، أو إصدار حكم تحكيم".

---

(١١٠) تحكم المحكمة التجارية حال وجود اتفاق تحكيم على المنازعة المعروضة عليها بعدم قبول الدعوى لا بعدم الاختصاص، لأن المحكمة التجارية هي المختصة أصلا بنظر أصل النزاع، ومع ذلك ذهب استأذنا الدكتور محسن شفيق – رحمة الله عليه - إلى أن الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم الاختصاص يبدى أمام محكمة قضاء الدولة التي تعد غير مختصة بنظر النزاع لوجود اتفاق التحكيم، ولا مناص والحال كذلك لسلب ولايتها من الدفع بعدم الاختصاص، وللخصم الذي يتمسك به طلب إحالة النزاع إلى التحكيم. انظر مؤلفه التحكيم التجاري الدولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ١٩٩ وما بعدها.

(١١١) تنص المادة ١٢ من نظام التحكيم السعودي على ما يلي: "إذا تم الاتفاق على التحكيم أثناء نظر النزاع أمام المحكمة المختصة، وجب عليها أن تقرر إحالة النزاع إلى التحكيم".

فالمستفاد من المادة المذكورة إن إقامة احد الطرفين الدعوى أمام المحكمة التجارية لا يمنع الطرف الآخر في اتفاق التحكيم من رفع دعوى التحكيم إن لم تكن قد رفعت بعد، كما لا يمنع هيئة التحكيم التي تنظر الدعوى التحكيمية من مواصلة السير في الدعوى دون تأثير لرفع دعوى قضائية أمام المحكمة التجارية على استمرار الدعوي التحكيمية. وتستمر هيئة التحكيم فى إجراءات التحكيم وفقاً لأحكام النظام حتى تنتهي بصدور حكم التحكيم المهنى للنزاع، ولو كانت الدعوى ما زالت قائمة أمام القضاء.

والواقع إنه لا تثور صعوبة إذا صدر حكم التحكيم قبل أن تفصل المحكمة التجارية في الدفع بعدم القبول، إذ يحوز حكم التحكيم حجية الأمر المقضي، ويمتنع على قضاء الدولة نظر الدعوى، أي يتعين على المحكمة التجارية أن تقضى بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها. وهذا هو مفاد المادة ٥٢ من نظام التحكيم السعودي التي نصت على أنه مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا النظام، يحوز حكم التحكيم الصادر طبقا لهذا النظام حجية الأمر المقضي به، ويكون واجب النفاذ.

كما لا تثور صعوبة، إذا قضت المحكمة التجارية ببطلان اتفاق التحكيم والاستمرار في نظر الدعوى الموضوعية، ذلك إن هذا الحكم بدوره يحوز الحجية أمام هيئة التحكيم، ويمتنع عليها نظر النزاع، فلا يجوز رفع دعوى التحكيم ابتداء أو الاستمرار في الدعوى التحكيمية إذا كانت قد رفعت فعلا، ما دام إنه لم يصدر حكم من هيئة التحكيم سواء في الاختصاص أو الموضوع[١١٢].

وعلى ذلك فالفرض الذي يثير صعوبة عملية هو أن تصدر هيئة التحكيم حكما

(١١٢) د. محمود سمير الشرقاوي "التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية ٢٠١١، ص ١٣٤-١٣٦.

بالفصل في النزاع على خلاف الحكم الصادر من المحكمة التجارية، فكيف يمكن حل التنازع في هذا الفرض المتمثل في تناقض الأحكام؟.

في تقديري، إنه يجب تطبيق الأحكام المنصوص عليها في نظام التحكيم، والتي تخول من له مصلحة الحق في رفع دعوى ببطلان حكم التحكيم أمام محكمة الاستئناف المختصة أصلا بنظر النزاع إذا كان تحكيما داخليا أو محكمة استئناف الرياض إذا كان تحكيماً تجاريًّا دوليًّا. ولا شك أن هذا الاعتراض سوف يرتكز على السبب الأول المنصوص عليه في المادة ٤٩ من نظام التحكيم وهو عدم وجود اتفاق تحكيم، أو بطلانه، أو قابليته للإبطال، أو سقوطه بانتهاء مدته[١١٣]. فإذا ما قضت محكمة الاستئناف برفض دعوى البطلان، وتأييد حكم التحكيم، وجب عليها أن تأمر بتنفيذه، ويكون حكمها في ذلك غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن. أما إذا حكمت ببطلان حكم التحكيم، فيكون حكمها قابلا للطعن خلال المدة المنصوص عليها في المادة ٥١ من نظام التحكيم.

ومن ناحية أخرى، سوف يخضع حكم التحكيم عند الأمر بتنفيذه للشروط المنصوص عليها في المادة ٥٥ من نظام التحكيم، وأهمها فيما نحن بصدده ألا يكون حكم التحكيم متعارضا مع حكم أو قرار صادر من محكمة لها ولاية الفصل في موضوع النزاع في المملكة العربية السعودية، ومن البديهي أن يتسم هذا الحكم أو القرار بالصفة النهائية لتكون له الحجية.

(١١٣) ذلك لأن الاتفاق الصحيح هو الذي يمنح هيئة التحكيم سلطة الفصل في النزاع، ويمنع المحكمة التجارية من نظره، كما أن العملية التحكيمية تقوم برمتها على وجود اتفاق تحكيم صحيح، فحيث لا اتفاق صحيح ... لا تحكيم صحيح. و الغالب أن يستند من له مصلحة في بطلان حكم التحكيم للحكم الصادر من المحكمة التجارية باختصاصها بالفصل في النزاع.

خاتمة

وبعد فقد عرضنا للاختصاص النوعي للمحاكم التجارية في ضوء ما نصت عليه المادة الخامسة والثلاثين من نظام المرافعات الشرعية، والتي سردت اختصاصات عديدة لها على نحو ما رأينا في هذا البحث. ولا شك أن حرص النظام القضائي بالمملكة على إنشاء قضاء متخصص للفصل في المنازعات التجارية هو أمر يستجيب لطبيعة هذه المعاملات، ويعتبر في حد ذاته مؤشراً إيجابيًّا، ولبنة أولى من شأنها تشجيع المنافسة المشروعة في مجال المعاملات التجارية، وجذب الاستثمارات الأجنبية.

وقد جاءت الاختصاصات الممنوحة للمحاكم التجارية والمنصوص عليها في نظام المرافعات الشرعية متفقة إلى حد بعيد مع طبيعة الوظيفة القضائية للمحاكم التجارية، الأمر الذي يعطى للنظام القضائي السعودي السبق والريادة بين الأنظمة القضائية العربية في هذا المجال.

وفى تقديري إنه لكي تكتمل الوظيفة القضائية للمحاكم التجارية بالمملكة، توجد مجموعة من التوصيات نطرحها في خاتمة هذا البحث، الهدف منها إرساء منظومة قضائية متكاملة وفاعلة على صعيد القضاء التجاري المتخصص، وهي على النحو التالي:

أولاً: ضرورة إصدار نظام تجاري موحد يضم كافة الأنظمة التجارية المتشابهة بعد مراجعتها وإعادة صياغتها، وإصدارها في مدونة واحدة بديلا عن نظام المحكمة التجارية الحالي، والصادر في ١٥ من محرم عام ١٣٥٠هـ، حيث لم يعد يتناسب بوضعه

الحالي شكلاً وموضوعاً مع التطورات الهائلة التي طرأت على الأعمال التجارية[١١٤].
فقد انسلخ منه الباب الخاص بالشركات، وكذلك الباب الخاص بالأوراق التجارية، وصدرت انظمة كثيرة تسير في فلكه غير مدرجة به، كنظام الدفاتر التجارية عام ١٤٠٦هـ، ونظام التسوية الواقية من الإفلاس عام ١٤١٦هـ، ونظام السجل التجاري عام ١٤٢٠هـ، ونظام البيانات التجارية عام ١٤٢٣هـ، ونظام الرهن التجاري عام ١٤٢٤هـ، ونظام المنافسة عام ١٤٢٥هـ، ونظام البيع بالتقسيط عام ١٤٢٦هـ، وغيرها من الأنظمة التجارية الأخرى التي يتعين أن يتضمنها نظام تجاري موحد.

ثانياً: وتفريعاً عن التوصية السابقة نقترح تشكيل لجنة متخصصة من كبار القضاة وأساتذة الجامعات، والمتخصصين من ذوي الخبرة والكفاءة في المجال التجاري لمراجعة وتقييم الأنظمة التجارية بالمملكة وبيان مدى انسجامها مع بعضها البعض من جهة، ومدى تجاوبها مع المستجدات المحلية والدولية من جهة ثانية، على أن تكلف هذه اللجنة بوضع مشاريع الأنظمة للمعاملات المستجدة في المجال التجاري، كعقود نقل التكنولوجيا، وعقود البيوع البحرية، وقوانين لجنة الأمم المتحدة للتجارة

(١١٤) قولنا إنه لم يعد يتناسب شكلاً، نعني به أن مسماه "نظام المحكمة التجارية" قد أصبح في غير معناه، وذلك بعد أن صدر نظام القضاء في عام ١٤٢٨هـ، ومن بعده نظام المرافعات الشرعية عام ١٤٣٥هـ، والمناسب أن يتم إلغائه بإصدار نظام آخر يطلق عليه: "النظام التجاري الموحد". ليعبر عن حقيقة فحواه باعتباره نظاما تجاريا ينظم الأعمال التجارية في المملكة، والتجار الممارسين لها. ناهيك عن وجود بعض المصطلحات التي وردت به لم تعد مستخدمة الآن كالنيابة العامة (هيئة التحقيق والادعاء العام) الجنيه (الريال) قانون العقوبات (نظام) إلى غير ذلك كثير.
وقولنا إنه لم يعد يتناسب موضوعا، نعني به أن هذا النظام قد صدر عام ١٣٥٠ هـ، مأخوذا عن قانون التجارة العثماني المستمد بدوره من المجموعة التجارية الفرنسية الصادر عام ١٨٠٧، ولو تذكرنا أن المجموعة الفرنسية مستمدة أساساً من أحكام القانونين الصادرين في عامي ١٦٧٣، ١٦٨١م لأدركنا أن نظام المحكمة التجارية المعمول به اليوم في المملكة العربية السعودية قد وضعت معظم أحكامه في أواخر القرن السابع عشر الميلادي بما لم يعد صالحا لحكم المعاملات التجارية في القرن الحادي والعشرين.

الدولية(UNCITRAL)، وذلك بما يتلافى أوجه القصور الموجودة.

ثالثاً: إسراع المجلس الأعلى للقضاء بدراسة وضع لجنة تسوية المنازعات المصرفية والتوصية بضرورة نقل اختصاصها إلى المحاكم التجارية أسوة بما هو متبع بالأنظمة القضائية المقارنة، إذ تعد أعمال البنوك من صميم التجارة في عقودها وخدماتها.

رابعاً: إنشاء دائرة تجارية بالمحكمة العليا على غرار ما هو متبع بالأنظمة القضائية في فرنسا ومصر والمغرب وغيرها، بحيث تقتصر الدائرة الثالثة حاليا بالمحكمة العليا على الفصل في الاعتراضات بالنسبة للأحكام الصادرة أو المؤيدة من محاكم الاستئناف في القضايا الحقوقية والعمالية والأحوال الشخصية فقط.

خامساً: نشر جميع الأحكام التجارية التي تصدرها الدوائر التجارية بمحاكم الاستئناف والمحكمة العليا، وتبويبها وفهرستها، بحيث يسهل الرجوع إليها، ليكون المتعاملين في المجال التجاري على بينة من كيفية تطبيق المحاكم التجارية للنصوص الشرعية والنظامية وتفسيرها، وكذلك الوقوف على استخلاص المبادئ التي استقرت عليها المحكمة العليا ليستفيد منها القضاة، فيتجنبون إصدار أحكام تخالف هذه المبادئ، ومن ثم تجنب أن يتعرض حكمهم للنقض.

سادساً: دعم الاستقلال القضائي للمحاكم التجارية باستحداث قاضي تنفيذ للأحكام التجارية بدوائر التنفيذ بالمحاكم العامة.

سابعاً: إنشاء قسم خاص في التفتيش القضائي بالمجلس الأعلى للقضاء يقتصر على المحاكم التجارية، بحيث يضم المفتشين من ذوي الخبرة والكفاءة في القضاء التجاري، حتى يتمكنوا من تحديد أوجه القصور في أداء القضاة التجاريين، ومن ثم العمل على الارتقاء بمستوى أدائهم، وحسن القيام بواجباتهم الوظيفية.

ثامناً: الاســتمرار في عمل دورات تدريبية داخلية وخارجية للقضاة التجاريين تشمل إطلاعهم على تجارب الآخرين، وعلى مســتجدات القضاء التجاري، وعلى الوسائل الحديثــة في حــل المنازعات التجاريــة، وذلك باعتبار أن القضــاة هم ركيزة المؤسســة القضــائية، وأهم الأصــول الفكرية في صــنعة القضــاء، وكذلك أهم مكونات الثروة القضائية(١١٥).

وختاماً، أتمنى أن يحقق البحث الغاية التي يســتهدفها، وهي أن يكون عوناً في أداء رســالة الحق والعدل بنصــيب وإن قل، في هذا الموضوع الهام من موضوعات النظام القضــائي الجديد بالمملكة وهو المحاكم المتخصصــة. فإن أفلح البحث في تحقيق غايته تلك، فقد أدى لنا كل ما نرجوه، وإن قعد عن أدائها، فحســبنا منه جزاء العاجز الذي بذل في سبيل تحقيق قصده كل وسعه. وما توفيقي إلا بالله.

(١١٥) يقـول الأسـتاذ الدكتـور عبد العزيز بن سطام بن عبد العزيز آل سعود في بحثه بعنوان الإدارة المعرفية للقضاة من منظور السياسة الشرعية: "تستثمر الدولة مبالغ طائلة في تجهيز المباني الفخمة للمحاكم والعناية بتجهيزها بكل مـا يعطـي الانطبـاع بالقوة والرصانـة والدقة والإتقان، ومع ذلـك جميع هذه الأمور ليست سـوى ترتيبات محيطة بالعمل الأساسي الذي أركانه هي: القاضي والقضية والمتقاضين والتقاضي ... والقاضي بين هذه الأركان هو أهمها، ولا يمكن يستقيم الأمر دونه، فهو الناقل لكل هذا الاستثمار من حيث المواد والتجهيزات إلى حيز العلم والخدمات. لأجـل ذلـك يجد تأهيل القاضي على أفضل وجـه ليسهم في تقديم أفضل خدمة للمجتمع في الفصل في الخصومات بعدل، وهذا يتطلب أن ينظر للقاضي بصفته العنصر الأساسي للإنتاج في المؤسسة القضائية، ويجب أن يعامل على ضـوء ذلـك، بحيث يفـرغ تماما لعمله المعـرفي فلا يكلف بأي أعمـال ثانوية سـوى عمله الأساسي وهـو المداومة على أعمـال الفكـر بنـور العلـم في القضايـا المنظورة لديه". منشور بمجلـة معهد الإدارة العامة، المجلـد ٥١، العدد الثالث رجب ١٤٣٢هـ، ص ٣٦٣، وبصفة خاصة ص ٣٧٢، ٣٩٣.

الوساطة المنتهية بالصلح ودورها في تسوية المنازعات في المملكة العربية السعودية

بحث محكم

إعداد د. مسفر بن حسن القحطاني
أستاذ الأنظمة المساعد بقسم العلوم القانونية بكلية الملك فهد الأمنية

ملخص البحث

بيّن الباحث التالي:

– تعريف الوساطة المنتهية بالصلح بأنها: مجموعة من الإجراءات التي يقوم بها الوسيط وتتوج بتسوية منازعة بين طرفين بالتراضي والصلح وإذا لم تتم التسوية فتُسمى وساطة فحسب.

– مشروعية الوساطة لتسوية النزاعات، وعدّد نماذجاً من وساطة النبي صلى الله عليه وسلم.

– عدّد شروطا للصلح هي: أهلية المتصالحين، وعدم تحليل حرام أو تحريم حلال، وعدم كذب أحد المتصالحين في دعوى الحق على خصمه.

– تنظيم الوساطة في المملكة المصادقة على تنظيم مركز المصالحة، وبيّن بعض أهم مواد التنظيم وقواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاته.

– تُحقق الوساطة المنتهية بالصلح مبدأ الاقتصاد في الإجراءات، والعدالة الرضائية السريعة بتكلفة أقل، مخففة العبء عن القضاء، وتعتبر وسيلة لإيجاد التفاهم المشترك بين طرفي النزاع في سريّة تامة.

– فرّق بين الوساطة وبين المصطلحات التالية: (الصلح، والتحكيم، والتوفيق، والخبرة، والقضاء)

– رأى البحث أن الوساطة تعتبر مرحلة سابقة على مرحلة الصلح، و بين عناصر الصلح في التالي: وجود نزاع قائم أو محتمل، ونية حسم النزاع، ونزول كل من طرفي النزاع عن جزء من طلباته على وجه التقابل.

وأن توصية الوسيط في الوساطة غير ملزمة ما لم يتم قبولها من الأطراف، بعكس حكم التحكيم فهو ملزمٌ منهٍ للنزاع بصدوره، حائز لقوة الأمر المقضي القابل للتنفيذ.

وأن الخلاف بين الوسيط والموفق يقتصر على أن الموفق يسعى إلى التقريب أو نقل وجهات النظر فقط، بينما يمتد عمل الوسيط إلى حد اقتراح الحلول في الوساطة.

وأن من الخلافات بين الوسيط والخبير في أنه لا يجوز للخبير التعرّض إلى المسائل القانونية وإنما إلى الوسائل الواقعية أو الفنية العملية فقط، بينما يجوز للوسيط التعرض لكلي المسألتين.

وأن من أهم الفروقات بين الوساطة والقضاء في أن الأصل في القضاء علانية جلساته، وسرية جلسات الوساطة.

- العناصر الأساسية لعملية الوساطة المنتهية بالصلح وهي: اتفاقية الوساطة، والوسيط، ومراحل الوساطة.

- مفهوم اتفاقية الوساطة بأنه: عقد بين طرفي النزاع يحيلا بمقتضاه إلى الوساطة كل أو بعض المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة.

- يحال موضوع الوساطة إلى المحكمة المختصة في الحالات التالية:

إذا تعذرت المصالحة بين طرفي الدعوى، أو إذا امتنع المطلوب حضوره من الحضور أو تعذر تبليغه أو لم ترد ورقة التبليغ ما لم يطلب الطرف الآخر موعداً آخر على أن لا يتكرر الموعد أكثر من ثلاث مرات أو إذا كان المدعي لا يعرف عنوان المطلوب حضوره.

- لا تدخل الوساطة في الأوقاف ولا أموال القصر ولا على ما يحتاج النظر فيه إلى الغبطة والمصلحة.

- آثار الوساطة على موضوع النزاع وأطرافه.

- الطبيعة النظامية للوساطة.

﴿ وَلَا تَهِنُوا۟ فِى ٱبْتِغَآءِ ٱلْقَوْمِ ۖ إِن تَكُونُوا۟ تَأْلَمُونَ فَإِنَّهُمْ يَأْلَمُونَ كَمَا تَأْلَمُونَ ۖ وَتَرْجُونَ مِنَ ٱللَّهِ مَا لَا يَرْجُونَ ۗ وَكَانَ ٱللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿١٠٤﴾ ﴾ النساء: ١٠٤

تمهيد

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه ومن اقتفى أثره إلى يوم الدين.. أما بعد:

فتقع الخلافات بين الناس ويحدث الخصام بين جميع فئات المجتمع، وغالبا ما تكون هذه الخلافات في بداياتها اختلافات يسيرة يمكن تلافيها لو أحسن الناس التصرف، ولكن الشيطان الذي: "أيس أن يعبده المصلون في جزيرة العرب ولكن في التحريش بينهم" (رواه مسلم)، كما أخبر بذلك الرسول صلى الله عليه وسلم، فهذا الشيطان لن يتوانى هو وأعوانه - النفس الأمارة بالسوء والهوى المتبع وأهل الإفساد والشر والنميمة - في التحريش بينهم و إذكاء نار العداوة والبغضاء، حتى تتحول هذه الشرارة إلى فتنة عظيمة وشر مستطير لها عواقبها الوخيمة؛ فيساء الظن ويقع الإثم وتحل القطيعة ويفرق الشمل وتسفك الدماء وتنتهك الحرمات وتستباح الأسرار.

وحيث حرص الإسلام على وحدة المسلمين وأكد على أخوتهم وأمر بكل ما فيه تأليف لقلوبهم ونهى عن كل أسباب العداوة والبغضاء، فقد أمر بالسعي وإصلاح ذات البين بين المتخاصمين وحث عليه وجعل درجته أفضل من درجة الصيام والصدقة والصلاة، قال تعالى: ﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ ﴿١٠﴾ ﴾ الحجرات: ١٠.

عليه وسلم السعي في الإصلاح بين الناس، وكان يعرض الصلح على المتخاصمين، وقد باشر الصلح بنفسه حين تنازع أهل قباء فندب أصحابه وقال: "اذهبوا بنا نصلح بينهم" (رواه البخاري).

وكان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يوصي من يوليه ويقول: "ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يحدث بين القوم الضغائن" (عمر بن شبه في تاريخه (٤٠٨ / ١ ح:١٣٠٨)، وكذلك كان السلف رحمهم الله حريصين على هذا الخير ساعين فيه، يقول الأوزاعي رحمه الله: "ما خطوة أحب إلى الله من خطوة في إصلاح ذات البين" (تفسير القرطبي ج٧ / ١٢٩).

ولقد عرفت الأنظمة المعاصرة ما يعرف بالوسائل البديلة لتسوية المنازعات، وهي طرق اتفاقية لتسوية المنازعات المدنية والتجارية دون اللجوء إلى دوائر القضاء، ومن تلك الطرق ،التحكيم، والوساطة، والتوفيق، بقصد الوصول إلى تسوية سريعة وغير مكلفة. وقد شهدت الوساطة نمواً واسع النطاق، وتقبلتها الأوساط القضائية في المملكة العربية السعودية، وغيرها من الدول، وأقبلت عليها بجدية واهتمام حتى تنامت نسبة الحالات التي أسفرت عن مصالحة بفضل الوساطة كوسيلة بديلة لحسم المنازعات بطريقة ودية.

فحل المنازعات عن طريق الوساطة يعد أكثر فعالية من حلها عن طريق القضاء، فالوساطة وسيلة للحوار الاجتماعي، وطريقة ذات صبغة إنسانية، ووسيلة أقل كلفة كما أنها اختيارية، وأكثر مرونة وخصوصية وسرية، فالوسيط يفتح النقاش لطرفي النزاع بتقديم حلول للنزاع غير مفروضة عليهم، ويستطيع طرفا النزاع الخروج من عملية الوساطة في أي وقت.

وعملية الوساطة قد تكون الوسيلة الأكثر ملاءمة لحل بعض المنازعات بحلول توفيقية لطرفي النزاع بحيث لا يحصل أحدهما على كل شيء، ويخسر الآخر كل شيء، وإنما يتحصل كل طرف على شيء مما يريد، مع بقاء العلاقات الودية متصلة، والتعاون بينهما مستمراً.

هذا وقد اتجهت وزارة العدل في المملكة العربية السعودية إلى إنشاء مركز للمصالحة وسنّ القواعد النظامية (القانونية)[١] لإجراءات المصالحة وصولاً لإيجاد أول مشروع من نوعه في المحاكم وهو: "نظام الوساطة" والذي سيعمم في كافة المحاكم الشرعية بمختلف مستوياتها من أجل الإصلاح بين الناس قبل وصول القضايا والمنازعات إلى القضاء، كما ستدعم المحاكم بالمستشارين والخبراء المتخصصين في هذا المجال من غير القضاة من أجل تفعيل النظام الذي سيسهم في تقليص عدد القضايا المنظورة أمام المحاكم الشرعية، وقد استفادت وزارة العدل من تجارب مختلف دول العالم التي تطبق هذا النظام[٢].

(١) لا فرق في المعنى بين كلمة القانون والنظام، ولكن ينبغي الالتزام بالتسمية التي سماها مصدرها والمعمول به في المملكة العربية السعودية هو إطلاق لفظ الأنظمة على تلك التي يسنها المنظم. انظر: بحث (موقف الشريعة الإسلامية من كلمة قانون) بشار عمر المفدى، مجلة القضائية، وزارة العدل، محرم 1434هـ.

(٢) حمد الخنين، الصلح والوساطة، الصلح ودوره في تقليص الدعاوى القضائية، مجلة العدل، العدد (٤٦)، ربيع الآخر ١٤٣١هـ،٣٢٣.

المبحث الأول

مفهوم الوساطة المنتهية بالصلح وتنظيمها في المملكة العربية السعودية

نتناول هذا المبحث في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف الوساطة المنتهية بالصلح وتأصيلها الفقهي

أولاً: تعريف الوساطة والصلح في اللغة:

أ–تعريف الوساطة في اللغة :

الوسيط: المتوسط بين المتخاصمين، وتوسط بينهما: عمل الوساطة، والجمع وسطاء، وهو واسطة بينهما أي وسيط، وهي وسيطة، والوساطة مصدر وهي عمل الوسيط، والوسيط: المتوسط الساعي بالتوفيق بين المتخاصمين، والوساطة: توسط في الحق والعدل، وأوسطهم: أي اقصدهم إلى الحق(٣).

ووسط الرجل بين القوم وساطة كان يحكم بينهم بالعدل والإنصاف،وتوسط الرجل بين المتخاصمين كان وسيطاً يفصل في الخصومة وكان في الوسط بينهم، ويقال بعثنا إليهم بواسطة للتفاوض في الأمر، والوساطة بين القوم هو الدخول بينهم لإصلاح ذات البين، والوسيطة مؤنث الوسيط، والتوسط هو ما كان وسطاً بين الطرفين(٤).

وعلى ذلك فالوساطة لغة: هي وسيلة ودية لفض النزاع بالتفاوض بين الطرفين المتخاصمين عن طريق وسيط يرشدهم للحق والعدل،أو هي اتفاق طرفي النزاع على تولية وسيط أو أكثر لتسوية الخلاف بينهما تسوية رضائية بتوصية غير ملزمة.

(٣) ابن منظور، (د.ط)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الجزء الثالث، مادة وسط، ص ٩٢٣.

(٤) حسين سعيد الكرمي، الهادي إلى لغة العرب، الطبعة ١، دار لبنان للطباعة والنشر، بيروت، عام ١٩٩٢م مادة وسط ص ٤٨٤.

ب- تعريف الصلح في اللغة:

قال ابن فارس: الصاد واللام والحاء: أصل يدل على خلاف الفساد(٥).

والصلح: هو التوفيق، وأصلحت بين القوم: وفقت بينهم(٦).

والإصلاح: ضد الإفساد(٧).

فالوساطة أو المصالحة والإصلاح: الطريق الموصل إلى النتيجة المتوخاة، وهي القضاء على المنازعات والخصومات، ومن ثم يحل السلم والوئام وتستقيم الأحوال، وهذا هو الصلح.

وبعد هذا العرض نصل إلى نتيجة مفادها :أن الصلح أو الوساطة يطلق في لغة العرب على عدة مسميات تتفق في النهاية على معنى واحد.

ثانياً: تعريف الوساطة والصلح في الاصطلاح:

أ- تعريف الوساطة في الاصطلاح:

الوساطة هي وسيلة اختيارية لتسوية المنازعات بحل ودي بمساعدة ثالث - الوسيط - تعتمد على الحوار والمشاورات المتبادلة لإقناع طرفي النزاع بحلول مقترحة، والتوصل إلى حل نابع منهما للنزاع القائم بعد فحص طلباتهم وادعاءاتهم(٨).

وعرفت "الوساطة" في قانون ولاية كاليفورنيا بأنها: العملية التي يقوم فيها شخص محايد أو أشخاص معينون بتسهيل التواصل بين المتنازعين لمساعدتهم في الوصول

(٥) أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، مادة (صلح)، (٣/٣٣).

(٦) الفيومي ، المصباح المنير، دار الكتب العلمية، بيروت،١٣٩٨هـ، مادة صلح، ص ٤٠٨ .

(٧) الرازي ، مختار الصحاح ،دار الكتاب العربي ، بيروت،١٩٦٧م، مادة صلح، ص ٣٦٧.

(٨) مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، التحكيم والوسائل البديلة لحسم المنازعات (كيفية حسم منازعات التجارة الدولية)، ص٤٥. د/ أحمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ١٩٩٦، ص٥٨١.

إلى اتفاق متبادل متفق عليه بينهم[٩].

وتعرف الوساطة إجرائياً بأنها: أسلوب من أساليب الحلول البديلة لتسوية المنازعات يقوم بها شخص محايد يهدف إلى مساعدة الأطراف المتنازعة للاجتماع والحوار وتقريب وجهات النظر وتقييمها لمحاولة التوصل إلى حل وسط يقبله الطرفان.

وعليه فإن الوساطة: هي قيام شخص محايد (وسيط) من أصحاب الخبرة والكفاءة والنزاهة بتوظيف مهاراته من خلال مجموعة من الإجراءات السرية لمساعدة أطراف النزاع على تقريب وجهات نظرهم وتسوية نزاعاتهم بشكل ودي قائم على التوافق والتراضي بعيدا عن التقاضي .

ب- تعريف الصلح في الاصطلاح:

هناك تعريفات متعددة لبيان معنى الصلح في الاصطلاح وهي متفقة - في الجملة -على أصل المعنى، وهذه التعريفات لا تخرج عن اطلاقاته في اللغة، حيث أن القاسم المشترك في ذلك هو: تسوية الخصومة عن طريق التراضي والمسالمة تجنباً لحدوث البغضاء والتشاحن وإيراث الضغائن.

وفي أنيس الفقهاء: "عقد وضع لرفع المنازعة بالتراضي"[١٠].

ويمكن تعريف الصلح اصطلاحاً بأنه :عقد يحسم به الطرفان على وجه التراضي نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً[١١]. أو هو:عقد يتوصل به إلى التوفيق بين متنازعين في حق.

(٩) كلية توماس جيفيرسون للقانون، برنامج تبادل خبرات منفذي القانون لعام ٢٠١١، أساسيات القانون الأمريكي (ولاية كاليفورنيا)، المستشار القانوني لولاية كاليفورنيا ونقابة محاميي ولاية كاليفورنيا البروفسور سكوت ميكوين.

(١٠) قاسم القونوي، أنيس الفقهاء، ص٢٤٥.

(١١) انظر في ذلك: أحمد البراك، الصلح في الخصومات، ١٤٢٦هـ ص ١٧.

ثالثاً: تعريف مصطلح الوساطة المنتهية بالصلح:

الوساطة أو الإصلاح بين الناس كلمتان متطابقتان في المعنى إلا أن الإصلاح أو الصلح يعد مصطلحاً شرعياً والوساطة مصطلحاً قانونياً وإدارياً وكل منهما يناسب أن يعرّف به الآخر .

وعرفها تنظيم مركز المصالحة[١٢] بوزارة العدل بالمملكة بأنها: وسيلة رضائية لتسوية المنازعات – تتولاها مكاتب المصالحة – صلحاً كلياً أو جزئياً.

وورد مصطلح (الصلح الودّي)[١٣] في أنظمة المملكة وهو لا يخرج في معناه عن التعريف السابق .

وعليه يمكن تعريف الوساطة المنتهية بالصلح بأنها: مجموعة من الإجراءات التي يقوم بها الوسيط وتتوج بتسوية منازعة بين طرفين بالتراضي والصلح وإذا لم تتم التسوية فتسمى وساطة فحسب .

ويمكن استنتاج القاعدة التالية: "كل صلح يسبقه وساطة وليس كل وساطة يعقبها صلح" .

رابعاً: التأصيل الفقهي للوساطة المنتهية بالصلح:

أ-الأدلة الشرعية: جاءت النصوص الصريحة الثابتة من كتاب الله تعالى، وسنّة رسوله صلى الله عليه وسلم بالترغيب في الصلح والسعي إليه، ومنها:

١- قال تعالى: ﴿ إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ ﴿١٠﴾ ﴾ الحجرات: ١٠ .

٢- وقال تعالى: ﴿ لَّا خَيْرَ فِى كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَىٰهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَٰحٍۭ بَيْنَ

(١٢) المادة الأولى وصدر هذا التنظيم بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ١٠٣ وتاريخ ١٤٣٤/٤/٨هـ.

(١٣) المادة الأولى من نظام التسوية الواقية من الإفلاس الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٦ وتاريخ ١٤١٦/٩/٤هـ.

ٱلنَّاسِۚ وَمَن يَفۡعَلۡ ذَٰلِكَ ٱبۡتِغَآءَ مَرۡضَاتِ ٱللَّهِ فَسَوۡفَ نُؤۡتِيهِ أَجۡرًا عَظِيمٗا ﴿١١٤﴾ ﴾ النساء: ١١٤.

٣- قال تعالى: ﴿ وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ ﴾ النساء: ١٢٨.

٤- وقال الرسول صلى الله عليه وسلم: "ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة؟ قالوا بلى، قال: إصلاح ذات البين فإن فساد ذات البين هي الحالقة"(١٤).

٥- وفي الصحيحين عن أم كلثوم بنت عقبة بن أبي معيط رضي الله عنها قالت: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "ليس الكذاب الذي يصلح بين الناس فينمي خيراً، أو يقول خيراً" وفي رواية لمسلم قالت: ولم أسمعه يرخص في شيء مما يقوله الناس إلا في ثلاثٍ – تعني: "الحرب، والإصلاح بين الناس، وحديث الرجل امرأته وحديث المرأة زوجها(١٥).

٦- ويقول صلى الله عليه وسلم: "كل سلامى من الناس عليه صدقة كلّ يوم تطلع فيه الشمس، تعدل بين الاثنين صدقة"(١٦) أي تصلح بينهما بالعدل.

٧- ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أفضل الصدقة إصلاح ذات البين"(١٧).

٨- ويقول صلى الله عليه وسلم: "ما عمل ابن آدم شيئاً أفضل من الصلاة، وصلاح ذات البين، وخلقٍ حسن"(١٨).

وجه الدلالة من الآيات الكريمة والأحاديث الشريفة:

أن الصلح سمة من سمات الإسلام، ومن مطالب الدين، ومسلك من مسالك تحقيق

(١٤) أبو داوود (٤٩١٩) والترمذي(٢٥٠٩).
(١٥) صحيح البخاري (٢٦٩٢) وصحيح مسلم(٢٦٠٥).
(١٦) صحيح البخاري (٢٩٨٩) وصحيح مسلم(١٠٠٩).
(١٧) المنذري (الترغيب والترهيب) ٤٠٦/٣وصححه الألباني.
(١٨) الألباني – صحيح الجامع – ٥٦٤٥.

مقتضيات الأخوة الإسلامية، به تصفو النفوس وتنقشع عنها ريب الشرور، وبواعث الوجد والبغضاء، وهو ميدان فسيح لإنهاء الخصومات وحصول كل شخص على بعض مما يدعي استحقاقه برضاه وقناعته واستلال ما في نفسه لخصمه من كره وبغضاء.

ب- نماذج من وساطة النبي صلى الله عليه وسلم[19]:

ميادين الإصلاح كثيرة، وأينما كان الخلاف ندب الإصلاح، سواء كانوا أزواجاً أو أقارب أو جيراناً أو أصدقاء أو قبائل، أو تجار وغيرهم، وسنورد نماذج من إصلاح ووساطة النبي صلى الله عليه وسلم:

١- في قضية رفع الحجر الأسود:

قامت قريش بهدم البيت الحرام وإعادة بنائه من جديد، وقد شرف النبي - صلى الله عليه وسلم - بالمشاركة في بناء الكعبة، ثم قرب البناء على التمام وارتفعت الكعبة من جديد لتشع على العالم أجمع بنور التوحيد لرب العالمين، ولما بلغ البنيان موضوع الحجر الأسود اختلفوا فيمن يمتاز بشرف وضعه في مكانه، واستمر النزاع أربع ليال أو خمسًا، واشتد حتى كاد يتحول إلى حرب ضروس في أرض الحرم، فعرض عليهم أحدهم أن يحكموا فيما شجر بينهم أول داخل عليهم من باب المسجد فارتضوه، وشاء الله أن يكون ذلك رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، فلما رأوه هتفوا: هذا الأمين، رضيناه، هذا محمد، فلما انتهى إليهم، واخبروه الخبر طلب رداء فوضع الحجر وسطه وطلب من رؤساء القبائل المتنازعين أن يمسكوا جميعًا بأطراف الرداء، وأمرهم أن يرفعوه، حتى إذا أوصلوه إلى موضعه أخذه بيده فوضعه في مكانه. وهذا

(١٩) انظر في ذلك، فهد بن فريج البلوي، (فن الإصلاح بين الناس) بحث منشور على الإنترنت، منتدى بلي الرسمي ،ص١٣ومابعدها.

حل حصيف[٢٠] رضى به القوم.

٢ـ في الأفراد والجماعات:

عن سهل بن سعدٍ رضي الله عنه أنّ أهل قباءٍ اقتتلوا حتّى تراموا بالحجارة فأخبر رسول الله صلّى الله عليه وسلّم بذلك فقال: (اذهبوا بنا نصلح بينهم)[٢١].

٣ـ في الأزواج والزوجات والأقارب والأرحام:

جاء رسول اللّه صلّى الله عليه وسلّم بيت فاطمة فلم يجد عليًّا في البيت فقال: "أين ابن عمّك ؟قالت: كان بيني وبينه شيءٌ فغاضبني فخرج فلم يقل عندي، فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم لإنسانٍ: انظر أين هو فجاء فقال: يا رسول الله هو في المسجد راقدٌ، فجاء رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وهو مضطجعٌ قد سقط رداؤه عن شقّه وأصابه ترابٌ فجعل رسول الله صلّى الله عليه وسلّم يمسحه عنه ويقول: قم أبا ترابٍ، قم أبا ترابٍ"[٢٢].

٤ – بين المتداينين:

"عن كعبٍ بن مالك أنّه تقاضى ابن أبي حدردٍ دينًا كان له عليه في عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم في المسجد فارتفعت أصواتهما حتّى سمعها رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وهو في بيتٍ فخرج رسول الله صلّى الله عليه وسلّم إليهما حتّى كشف سجف حجرته فنادى كعب بن مالكٍ فقال: يا كعب فقال: لبّيك يا رسول الله، فأشار بيده أن ضع الشّطر فقال كعبٌ: قد فعلت يا رسول الله، فقال رسول اللّه صلّى الله عليه

(٢٠) أحمد بن محمد شاكر ،عمدة التفسير من تفسير ابن كثير ،دار الوفاء ، الطبعة الثانية ، ١٤٢٦هـ، ١/١٨٢.
(٢١) صحيح البخاري (٢٦٩٣)
(٢٢) صحيح البخاري (٤٤١)

وسلّم: قم فاقضه"[٢٣]. فهنا قام صلى الله عليه وسلم بالتوفيق بين الأطراف بإيجاد حلول عادلة ومرضية للطرفين .

٥– في القبائل والطوائف:

مر رجل من اليهود بملأ من الأوس والخزرج، فساءه ما هم عليه من الاتفاق والألفة، فبعث رجلاً معه وأمره أن يجلس بينهم ويذكرهم ما كان من حروبهم يوم بعاث وتلك الحروب ، ففعل، فلم يزل ذلك دأبه حتى حميت نفوس القوم وغضب بعضهم على بعض، وتثاوروا، ونادوا بشعارهم، وطلبوا أسلحتهم، وتواعدوا إلى الحرة، فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فأتاهم فجعل يسكنهم ويقول: "أبدعوى الجاهلية وأنا بين أظهركم؟" وتلا عليهم"﴿ وَٱعْتَصِمُوا۟ بِحَبْلِ ٱللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا۟ۚ وَٱذْكُرُوا۟ نِعْمَتَ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ إِذْ كُنتُمْ أَعْدَآءً فَأَلَّفَ بَيْنَ قُلُوبِكُمْ فَأَصْبَحْتُم بِنِعْمَتِهِۦٓ إِخْوَٰنًا وَكُنتُمْ عَلَىٰ شَفَا حُفْرَةٍ مِّنَ ٱلنَّارِ فَأَنقَذَكُم مِّنْهَاۗ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمْ ءَايَٰتِهِۦ لَعَلَّكُمْ تَهْتَدُونَ ﴿١٠٣﴾ ﴾آل عمران: ١٠٣ . فندموا على ما كان منهم، واصطلحوا وتعانقوا وألقوا السلاح رضي الله عنهم جميعاً[٢٤].

٦–في الأموال والدماء وفي النزاع والخصومات:

عن عائشة رضي الله عنها قالت: سمع رسول الله صلّى الله عليه وسلّم صوت خصوم بالباب عالية أصواتهم، وإذا أحدهما يستوضع الآخر ويسترفقه في شيءٍ وهو يقول: والله لا أفعل فخرج عليهما رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: فقال "أين المتألّي على الله لا يفعل المعروف ؟ فقال: أنا يا رسول الله، فله أيّ ذلك أحبّ"[٢٥]. ومثاله في عصرنا تسوية المنازعات في قضايا الأموال، والأراضي، والعقارات، والتعديات.

(٢٣) صحيح البخاري (٤٥٧)

(٢٤) تفسير الطبري: ٧/٧٨ .

(٢٥) صحيح البخاري (٢٧٠٥) وصحيح مسلم (١٥٥٧).

ومن شروط الصلح ذاته(٢٦):

١- أهلية المتصالحين بحيث يكون كل واحد منهم أهلا للتصرف الشرعي من حيث التكليف.

٢- ألا يشتمل الصلح على تحريم حلال أو تحليل حرام.

٣- ألا يكون احد المتصالحين كاذبا في دعوى الحق على خصمه.

المطلب الثاني: تنظيم الوساطة في المملكة العربية السعودية

كانت النواة الأولى لمكاتب المصالحة في المملكة عندما تم إنشاء مكتب التوجيه والإصلاح بمحكمة الضمان والأنكحة بالرياض شهر محرم ١٤٢٠هـ، عندما تبين نجاح محاولات الصلح من واقع التجربة التي تمت بواسطة الاجتهادات الشخصية من بعض المحتسبين من الموظفين وبتكليف من رئيس المحكمة. وهذه النتائج المشجعة جعلت وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية تسعى لتوسيع العمل بمبدأ المصالحة (الوساطة) وتنظيمه بما يحقق الأهداف المتوخاة، حيث تمت المصادقة على تنظيم مركز المصالحة وإقراره بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ١٠٣ وتاريخ ٨/ ٤/ ١٤٣٤هـ. والأمل يحدونا لصياغة مشروع نظام الوساطة والتوفيق الذي يتضمن مكاتب محكومة بإجراءات نظامية أملاً أن تتطور إلى محاكم صلح، وتكون إلزامية بحيث لا تنظر المحكمة الابتدائية أي قضية مشمولة بنظام الوساطة إلا بعد إحالة من قاضي الصلح، أو وسيط الصلح.

(٢٦) الخنين، الصلح ودوره في تقليص الدعاوى القضائية، مجلة العدل، العدد (٤٦)، ربيع الآخر ١٤٣١هـ، ص٣٢٤.

أولاً: تنظيم مركز المصالحة:

وفيما يلي نسرد أبرز معالم هذا التنظيم كما نصت عليه مواده النظامية:

١- تعريف المصالحة (الوساطة) والمصلح (الوسيط)(المادة الأولى):

المصالحة: وسيلة رضائية لتسوية المنازعات – تتولاها مكاتب المصالحة – صلحاً كلياً أو جزئياً.

المصلح: من يتولى أعمال المصالحة وفقاً لأحكام هذا التنظيم.

٢- إنشاء مركز المصالحة بوزارة العدل (المادة الثانية) :

ينشأ في وزارة العدل مركز يسمى (مركز المصالحة) ويكون عمله وفقاً لأحكام هذا التنظيم.

٣- المهمة الأساسية لمركز المصالحة (المادة الثالثة):

مع عدم الإخلال بما تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة ذات الصلة، تكون مهمة المركز السعي إلى تسوية المنازعات صلحاً من خلال مكاتب المصالحة.

٤- إنشاء مكاتب المصالحة وشروط المصلحين (المادة الرابعة):

تنشأ مكاتب المصالحة في مقرات المحاكم او كتابات العدل ويتكون كل مكتب من مصلح أو أكثر يختارون من منسوبي الوزارة أو من موظفي الدولة – بعد اخذ موافقة جهات عملهم – أو من غيرهم ممن تتوافر فيهم الشروط التي يحددها الوزير بقرار منه.

٥- حفظ سرية إجراءات المصالحة (المادة السابعة):

لا يجوز لمن يعمل في مكاتب المصالحة –ولو بعد انتهاء عمله –إفشاء سر اؤتمن عليه أو عرفه عن طريق عمله في تلك المكاتب، ما لم يكن هناك مقتض شرعي أو نظامي

يوجب ذلك.

٦- حق إنهاء الخلاف مكفول لأطراف النزاع خارج مكاتب المصالحة (المادة الثامنة):

لا تخل أحكام هذا التنظيم بحق الأطراف في إنهاء منازعاتهم صلحاً خارج إطار مكاتب المصالحة.

٧- قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاته (المادة التاسعة):

يصدر وزير العدل قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاته والقرارات اللازمة لتنفيذ هذا التنظيم .

ثانياً: قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاتها إعمالاً للمادة التاسعة من تنظيم مركز المصالحة، والتي تخول لوزير العدل إصدار قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاته والقرارات اللازمة لتنفيذ هذا التنظيم، فقد صدرت هذه القواعد وتم نشرها(٢٧).

الإجراءات النظامية للوساطة المنتهية بالصلح (المصالحة) في المملكة :

أولاً: أحكام عامة للمصالحة(٢٨):

١- تجري مكاتب المصالحة الصّلح وفق أحكام الشريعة الإسلامية، وما يصدره وليّ الأمر من أنظمةٍ لا تتعارض مع الكتاب والسنّة.

٢- يحدّد الوزير بقرارٍ منه التدرّج الموضوعيّ للقضايا التي تختصّ بنظرها مكاتب المصالحة.

٣- تسري أحكام هذه القواعد على طلبات المصالحة الّتي لم تحل إلى المحكمة،

(٢٧) نشرت على الموقع الإلكتروني لوزارة العدل، ونشرت في جريدة الرياض عدد (١٦٦٦٧) وتاريخ ١٤٣٥/٤/١٠هـ، ص٦.
(٢٨) المواد من ١-٩ من قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاتها بوزارة العدل.

والتـي يتقدّم طرفاها بطلب المصــالحة من المحكمة، ولو كانت منظــورةً لدى المحكمة المختصّة.

٤- يشترط في المصلح ما يلي:

١- أن يكون سعوديّ الجنسيّة.

٢- أن يكون من المشهود لهم بالنّزاهة والخبرة، وأن يكون حسن السّيرة والسّلوك.

٣- أن يجتاز المقابلة الشّخصيّة.

٤- لا يجوز للمصلحين أن يباشروا عملاً - يدخل في حدود وظائفهم - في طلبات المصــالحة الخاصة بهم، أو بأزواجهم، أو بأقاربهم، أو أصهارهم، حتى الدرجة الرابعة، وإلا كان هذا الإجراء باطلاً.

٥- يحظر على من يقوم بالمصالحة:

-أن يكشف لأحد الأطراف ما أطلعه عليه الطّرف الآخر إلا بموافقته.

-أن يفشي سرًّا اؤتمن عليه أو عرفه من خلال إجراءات المصالحة، ما لم يأذن صاحب الشّأن، أو وافق الأطراف على خلاف ذلك.

-أن يعمل كمحكّم أو وكيلٍ أو محامٍ بعد العمل كمصــلحٍ في أيّ نزاعٍ قام بإجراء المصالحة فيه، أو أيّ نزاعٍ مرتبطٍ به أو ناشئٍ عنه.

-يقصد بمحلّ الإقامة في تطبيق أحكام هذه القواعد ما أشير إليه في نظام المرافعات الشّرعيّة ولوائحه التّنفيذيّة.

٦- يسلّم المحضر صورة التّبليغ حسب النّموذج المعدّ إلى من وجّهت إليه في محلّ إقامته أو عمله إن وجد، وإلا فيســلّمها إلى من يوجد في محلّ إقامته من السّاكنين معه مــن أهله، وأقاربه، وأصــهاره، أو من يوجد ممّن يعمــل في خدمته، وإذا تعدّد من وجّه

إليهم تعيّن تعدّد التّبليغ بعددهم.

وللمكتب طلب السّجين أو الموقوف لجلسات المصالحة في مكتب المصالحة المختصّ في بلد السّجين.

ولمدير مكتب المصالحة إبلاغ الأطراف المعنيين بالنّزاع بأيٍّ من طرق التّبليغ التي يراها مناسبةً لحضور جلسة المصالحة.

٧-في جميع الحالات المنصوص عليها في المادة السابقة، إذا امتنع المراد تبليغه، أو من ينوب عنه من التّسلّم، أو من التّوقيع بالتّسلّم، فعلى المحضّر أن يثبت ذلك كتابيًّا، وعلى مكتب المصالحة إحالة المعاملة إلى المحكمة المختصة، ما لم يطلب الطّرف الآخر موعداً آخر على ألا يتكرّر الموعد أكثر من ثلاث مرّاتٍ.

ثانياً: الجهة المعنية بالمصالحة واختصاصها(٢٩):

١- تختصّ مكاتب المصالحة بنظر الطلبات التي ترفع على السّعودي وغير السعودي الذي له محلّ إقامةٍ عام أو مختارٍ في المملكة، فيما عدا الطلبات العينيّة المتعلّقة بعقارٍ خارج المملكة.

٢-يحال طلب المصالحة للمحكمة المختصّة في الحالات التّالية:

- إذا تعذّرت المصالحة بين طرفي الدّعوى.

-إذا امتنع المطلوب حضوره من الحضور أو تعذّر تبليغه أو اعتذر عن قبول المصالحة أو لم ترد ورقة التّبليغ ما لم يطلب الطّرف الآخر موعدًا آخر على أن لا يتكرّر الموعد أكثر من ثلاث مرّاتٍ.

-إذا كان المدّعي لا يعرف عنوان المطلوب حضوره.

(٢٩) المواد من ١٠-١٦ من قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاتها بوزارة العدل.

٣-إذا كان محلّ التّبليغ داخل المملكة خارج نطاق اختصاص مكتب المصالحة، فتحال القضيّة إلى مكتب المصالحة المختصّ، فإن لم يوجد مكتب مصالحةٍ في بلد المطلوب حضوره فيحال طلب المصالحة للمحكمة المختصّة بنظر الموضوع.

٤-يجب على المدّعي أن يتقدّم بطلب المصالحة للمكتب الّذي يقع في نطاق اختصاصه محلّ إقامة المطلوب حضوره، وإذا تعدّد المطلوب حضورهم ففي نطاق اختصاص الأكثريّة، وعند التّساوي يكون طالب المصالحة بالخيار، ما لم يكن الصّلح جزئيًّا في حقّ من حضر.

٥-يحقّ لمكاتب المصالحة إجراء الصّلح بين الأطراف ولو كان في غير نطاق الاختصاص المكانيّ لنظر المصالحة برضا الطّرفين صراحةً أو ضمنًا، وللمرأة طلب المصالحة في قضايا: النّفقة، والقضايا الزّوجيّة، والعضل، وذلك في مكتب المصالحة محلّ إقامتها، ما لم يكن المدّعى عليه سجينًا أو موقوفًا، فينظر طلب المصالحة في بلد السّجين.

٦- لا يجوز إجراء المصالحة في مكاتب المصالحة ممّن لا تعتبر قناعته كناظر الوقف ووليّ القاصر وغيرهما، ولا على ما يحتاج النّظر فيه إلى الغبطة والمصلحة.

٧-لا يحقّ لمكاتب المصالحة اتّخاذ الإجراءات التّحفّظيّة، كما لا يحقّ لها المنع من السفر، مع أحقيّة طالب المصالحة بالرّفع للمحكمة المختصّة بطلب اتّخاذ الإجراءات التّحفّظيّة والمنع من السفر والطلبات المستعجلة.

ثالثاً: طلب المصالحة وقيدها[٣٠]:

١- يقدّم طلب المصالحة من طالب المصالحة بصحيفةٍ تودع لدى المكتب، ويجب

(٣٠) المادتان ١٧ و١٨ من قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاتها بوزارة العدل.

أن تكـون محرّرةً ويعدّ القيد في مكتب المصـالحة قيدًا لها في المحكمة المختصّـة بنظر الموضوع .

٢- يجوز للمصـلح عقد عدّة جلساتٍ للمصالحة، على ألا يزيد عدد الجلسات عن ثلاث، فإن تجاوزها وجب إحالة المعاملة للمحكمة المختصّة، ما لم يطلب طرفا المصالحة إبقاءها واستمرار عقد الجلسات.

رابعاً: حضور أطراف المصالحة(٣١):

١- في اليوم المعيّن لنظر جلسـة المصالحة يحضر طرفا الصّلح بأنفسهم أو من ينوب عنهـم، فإذا كان النائب وكيلاً، تعيّن كونه ممّن له حقّ الصّـلح وما يلزم لذلك من حقّ الإقرار والتّنازل.

٢- كلّ ما يقرّره الوكيل في حضور الموكّل يكون بمثابة ما يقرّره الموكّل نفسه، إلا إذا نفاه أثناء جلسة المصالحة نفسها، وإذا لم يحضر الموكّل فلا يصحّ من الوكيل الصّلح ما لم يكن مفوّضًا تفويضاً خاصًّا في الوكالة.

٣- إذا غاب طالب المصالحة عن جلسة من جلسات المصالحة فيحفظ طلب المصالحة، وله بعد ذلك المطالبة بنظره من جديد، وإذا غاب المطلوب حضوره فيعامل وفقاً للفقرة الثانيـة مـن المادة الحاديـة عشرة من هذه القواعـد، ما لم تكن المعاملة قـد أحيلت من المحكمة فتحال إليها.

خامساً: إجراءات الجلسات(٣٢):

١- يقوم المصلح بتدوين وقائع المصالحة في الضّبط، ويذكر تاريخ وساعة افتتاح كل

(٣١) المواد من ١٩-٢١من قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاتها بوزارة العدل.
(٣٢) المواد من ٢٢-٢٦من قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاتها بوزارة العدل.

جلسة، ورقم القيد وتاريخه، واسم المصــلح، وأسماء طالبي الصّلح، أو وكلائهم، ثمّ يوقّع عليه المصلح ومن ذكرت أسماؤهم فيه، وإذا لم يكن المصلح من منسوبي الوزارة فيذكر قرار التّكليف وتاريخه الصّادر من صاحب الصّلاحيّة .

٢- يجب أن تكون الوقائع المراد الصّلح عليها أثناء المصالحة متعلّقةً بالدّعوى، جائزاً قبولها شرعاً ونظاماً.

٣- للمصلح في جلسة المصالحة أن يتناقش مع الأطراف مجتمعين أو منفردين، مع مراعاة الأحكام الشّرعية المتعلّقة بالخلوة بالمرأة الأجنبيّة أو نحوها، وله أن يتشاور معهم في موضــوع النّزاع أو أن يطلب من أيٍّ منهم تقديم معلوماتٍ إضــافيّة، وأن يتّخذ ما يراه مناسبًا لتقريب وجهات النظر بما يساعد على إتمام المصالحة .

٤- جلسات المصالحة سرّيّةٌ، إلا إذا رغب الطرفان أن تكون علنيّةً، ويعاملا على قدم المســاواة، وتهيّأ لكلٍّ منهما الفرصــة الكاملة والمتكافئة لعرض رأيه في الموضــوع محلّ المصالحة.

٥- للمصــلح عند الاقتضاء أن يقرّر ندب خبيرٍ أو أكثر إذا رضي بذلك طرفا الصّلح ويحــدّد في القرار مهمّــة الخبير، وتكون تكاليف الخبرة على نفقة طرفي الصّــلح ما لم يتّفقا على غير ذلك.

سادساً: إعلام المصالحة وتفسيره(٣٣):

١- يصــدر مكتب المصالحة إعلاماً حاويًّا لخلاصــة طلب المصالحة والجواب و ما تمّ عليه الصّلح،ويوقّع من المصــلح ويختم عليه بختم مكتب المصالحة، ويحال للمحكمة المختصّة أو القاضي المكلّف للتّصديق عليه.

(٣٣) المواد من ٢٧-٣١من قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاتها بوزارة العدل.

٢- على القاضـي المختصّ بالتّصديق ردّ الصّـلح إذا كان مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية أو للأنظمة، مبيناً سبب الرّدّ في الضّبط وتحال المعاملة للمحكمة المختصّة.

٣- إعلام المصـالحة الذي يكون التّنفيذ بموجبه يجب أن يذيّل بالصّيغة التّنفيذيّة ولا يسـلّم إلا للطّرف الّذي له المصـلحة في تنفيذه، ويجوز إعطاء نسخٍ من الإعلام لكلّ ذي مصلحةٍ.

٤- إذا وقع في إعلام المصـالحة غموضٌ أو لبسٌ جاز لطرفي الصّلح أن يطلبوا من مكتب المصـالحة الذي صدر منه الإعلام تفسـيره، ويجب على القاضي الّذي صادق على الصّلح تفسير الغموض.

٥- يلحق الإعلام الصّـادر بالتّفسير بنسـخة الإعلام الأصليّة، ويوقّعها من صادق على الإعلام، ويعدّ التّفسير متمّمًا للصّلح الأصلي ويسري عليه ما يسري على إعلام المصالحة.

سابعاً: الاعتراض[٣٤]:

١- جميع الإعلامات الصّـادرة من مكاتب المصالحة مكتسـبةٌ القطعيّة بعد المصادقة عليها من المحكمة، أو القاضي المكلّف بالتّصديق، وغير خاضعةٍ للاستئناف، ويطبّق في الاعتراض عليها ما ورد في طرق الاعتراض على سندات التّنفيذ.

ثامناً: أحكامٌ ختاميّةٌ للمصالحة[٣٥]:

١- تطبّـق أحكام أنظمة المرافعات الشّرعيّة، والإجـراءات الجزائيّة والتّنفيذ فيما لم يرد له حكمٌ في هذه القواعد، وبما يتلاءم مع طبيعة المصالحة وإجراءاتها.

(٣٤) المادة ٣٢ من قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاتها بوزارة العدل.

(٣٥) المواد من ٣٣-٣٧ من قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاتها بوزارة العدل.

٢- جميع الخصومات النّاشئة عن إعلام المصالحة من اختصاص المحكمة المختصّة.

٣- يجب على مكتب المصالحة في القضايا الزّوجيّة التي تعذّر الصّلح فيها، أن يبيّن رأيه في الأصلح من حال الزّوجين - الجمع أو التّفريق بينهما - وهل هو بعوضٍ أو بلا عوضٍ، قبل إحالتها للمحكمة.

٤- يحدّد الوزير في قرار إنشاء مكاتب المصالحة الجهة الإداريّة الّتي تتبع لها المكاتب.

٥- تسري أحكام هذه القواعد اعتبارًا من صدورها.

المبحث الثاني

مميزات الوساطة المنتهية بالصلح والتمييز بينها وبين النظم القانونية المشابهة لها

المطلب الأول: مميزات الوساطة المنتهية بالصلح

تحقق الوساطة كوسيلة بديلة ودية لتسوية المنازعات مبدأ الاقتصاد في الإجراءات، وتحقق عدالة رضائية سريعة بتكلفة أقل، وإجراءات مبسطة وبمشاركة فعالة لطرفي النزاع مع الوسيط للوصول إلى تسوية ودية للنزاع بعد إزالة أسباب النزاع، وإعادة روح التعاون والعلاقات المتصلة بين طرفي النزاع، وإصلاح الضرر بحل ودي نابع من إرادة طرفي النزاع بمساعدة الوسيط في صورة توصية غير ملزمة لطرفي النزاع، ولا تتمتع بحجية الأمر المقضي به.

وتعتبر الوساطة وسيلة لإيجاد التفاهم المشترك بين طرفي النزاع في جو بعيد عن البغض والكراهية، ونشر روح التسامح والتراحم والود بين طرفي النزاع، الأمر الذي

يؤدي إلى إعادة التآلف الاجتماعي والتعايش فهي وسيلة رضائية فعالة وسريعة لحل المنازعات تسهم في علاج مشكلة بطء إجراءات التقاضي.

وللوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات مجموعة من الفوائد والمزايا منها:

أولاً: السرعة:

حيث يكون الوسيط غالباً خبيراً في موضوع النزاع، ولديه الوقت الكافي لدراسة موضوع النزاع مما يساعده على تسوية النزاع في أقل وقت ممكن وبإجراءات بسيطة، وفي أوقات مناسبة لطرفي النزاع ودون التقيد بمواعيد الدوام الرسمي لعقد جلسات عملية الوساطة، كما أن الوسيط يعمل جاهداً لتسوية النزاع خلال مدة الوساطة.

وسرعة حسم المنازعات بالوساطة أمر مشجع في جميع المنازعات وخاصة منازعات التجارة الدولية التي تتأثر بتقلبات سعر الصرف والبضائع، فالثقة في الوسيط والبحث عن حل للنزاع بالوساطة خير من ضياع الوقت أمام القضاء للوصول إلى الحق بكامله[٣٦].

ثانياً: قلة التكاليف:

تعتبر مصاريف الوساطة قليلة مقارنة بالتحكيم والخصومة القضائية، وأتعاب المحامين، والخبراء، ومصاريف الشهود، وهذه الميزة تجعل الوسيط يقنع طرفي النزاع بتقديم تنازلات متبادلة وتعديل مراكزهم القانونية للوصول إلى حل النزاع في أسرع وقت ممكن للحيلولة دون المزيد من الخسائر لطرفي النزاع[٣٧].

---

(٣٦) مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، التحكيم والوسائل البديلة لحسم المنازعات المرجع السابق، ص٤٧.

(٣٧) د/ خلف عبد اللطيف، الوسائل السلمية لحل منازعات العمل الجماعية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس،١٩٨٢، ص١٥٠.



ثالثاً: استغلال الوقت والحصول على حلول سريعة:

تعتمد الوساطة على مهارات الوسيط والأساليب المستخدمة لحل النزاع، وقدرته العلمية والعملية في تقييم المراكز القانونية، وثقة طرفي النزاع فيه، وقدرته على إيجاد سبل ناجحة في التفاوض في جو ودي، وذلك أن الوسيط غالباً يكون خبيراً في موضوع النزاع، والوساطة تكون على درجة واحدة كما أن الوساطة توفر الوقت والجهد والنفقات نظراً لملائمة مواعيد جلسات الوساطة ومكانها لطرفي النزاع، وقصر الوقت اللازم لعملية الوساطة[٣٨].

رابعاً: السرّية:

تعتبر المحافظة على أسرار طرفي النزاع في عملية الوساطة ضمانة مهمة خاصة في مجال التجارة الدولية، والمنازعات الأسرية، وإلا لما أقدم طرفي النزاع للجوء إلى الوساطة.

فسرية الوساطة تؤدي إلى التعايش السلمي بين طرفي النزاع في المستقبل، وبقاء العلاقات متصلة، والمحافظة على الأسرار الأسرية والتجارية لدرجة أن بعض الشركات تفضل التنازل عن حقها على كشف أسرارها التجارية والصناعية والتكنولوجية، والتي تحرص على إبقائها سراً مكتوماً، لأن تلك الأسرار هي سر بقائها ونجاحها، وفي إذاعتها أمام القضاء لتحقيق مبدأ علانية التقاضي وبالاً على نجاحها[٣٩].

وسرية الوساطة تتطلب سرية الإجراءات، فلا يحضر جلساتها إلا طرفي النزاع، والشهود والخبراء ومن يؤذن لهم بالحضور في جلسات سرية لا يحضرها الجمهور،

(٣٨) د/ خلف عبد اللطيف، الوسائل السلمية لحل منازعات العمل الجماعية، المرجع السابق، ص١٥١.

(٣٩) د/ عبد الحميد الشواربي، التحكيم والصلح في ضوء الفقه والقضاء، ط٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، عام ١٩٩٩، ص٢١.

ولا وسائل الإعلام، وتشجع السرية طرفي النزاع على حرية الحوار والإدلاء بما لديهم من أقوال ومستندات وتقديم التنازلات في مرحلة المفاوضات بحرية تامة دون أن يكون لذلك حجة أمام القضاء أو أي جهة أخرى كالتحكيم فيما لو فشلت مساعي الوساطة، ومن شأن السرية أيضاً مساعدة الوسيط على تقريب وجهات نظر طرفي النزاع بغية التوصل إلى تسوية مرضية.

فجميع إجراءات الوساطة ومداولاتها سرية لا يجوز الكشف عنها أو الاحتجاج بها، ولا يجوز للوسيط نظر الدعاوى كقاضٍ، أو العمل فيها كمحامٍ أو خبيرٍ أو شاهد(٤٠).

ونصت المادة (الخامسة والعشرون) من قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاتها(٤١) بالمملكة العربية السعودية على أن "جلسات المصالحة سرية، إلا إذا طلب طرفاها أن تكون علنية، ويعامل طرفا المصالحة على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما الفرصة الكاملة والمتكافئة لعرض دعواه أو دفاعه".

خامساً: وسيلة ودية بديلة وتخفيف العبء عن القضاء:

الوساطة نظام إرادي أساسه رضا طرفي النزاع باتفاق الوساطة، شرطاً كان أو مشارطة، وقد أقرت مجموعة من القوانين العمل بهذا النظام(٤٢)، ويختار طرفا النزاع الوسيط لتسوية نزاع محدد بينهما بمجموعة من الحلول توافق مصالح طرفي النزاع في عملية وساطة تنتهي فور حصاد ثمرتها، وهي وسيلة للتعايش السلمي والعلاقات المتصلة بين طرفي النزاع بديلة عن القضاء الذي يوصف بقضاء العلاقات المنقطعة(٤٣).

(٤٠) د/ عبد الحميد الشواربي، التحكيم والصلح في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص٢٢.

(٤١) الصادرة بقرار وزير العدل في المملكة العربية السعودية تنفيذاً للمادة (٩) من تنظيم مركز المصالحة.

(٤٢) مثل القانون الأردني والجزائري والمصري والمغربي.

(٤٣) د/ خيري عبد الفتاح السيد، الوساطة كوسيلة بديلة لفض المنازعات المدنية والتجارية، ط٢، دار النهضة العربية،٢٠١٢، ص٢٨.

فالوساطة وسيلة بديلة لتســوية المنازعات بطرق ودية واقتصاد في الوقت والنفقات والرســو م والأتعاب ، فهي عدالة مريحة لطرفي النزاع بإصلاح ذات البين بالتراضي، فلا يكون فيها غالب أو مغلوب ، فكلاهما خصمان رابحان.

ويرى الباحث أن في الوســاطة مكاسب مشــتركة لطرفي النزاع ، وذلك أن التسوية النهائية في الوساطة تكون قائمة على حل مرضٍ لطرفي النزاع تم التوصل إليه بإرادتهما الحرة ويكون قائماً على تحقيق مكاسبهما ومصالحهما المشتركة والمحافظة على العلاقات الوديــة بينهما. وتحقق كذلــك هدفا مهما وهو تخفيف العبء على المحاكم والقضــاء بشكل عام.

سادساً: وسيلة اختيارية غير ملزمة:

الوســاطة وســيلة بديلة لتســوية المنازعات غير ملزمة لطرفي النزاع ، حيث يحتفظ طرفــا النزاع بكافة حقوقهما القانونية إذا فشــلت عملية الوســاطة، ولم يتفقا على حل يمكن التوصــل إليه، أو رفض أي منهما توصــية الوسيط ، فتبقى لكل من طرفي النزاع الحرية الكاملة في اللجوء إلى القضــاء كمرفق عام للعدالة في الدولة، فالوســاطة تتم دون المساس بحق التقاضي(٤٤).

كما أنه لا يجوز إجبار طرفي النزاع على اللجوء إلى الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات، فاتفاق الوساطة بإرادة طرفي النزاع هو قوام عملية الوساطة.

ويرى الباحث أن الطابع الاختياري ســمة أساســية في عملية الوســاطة التي تنتهي بتوصــية تتضــمن حلولاً اختيارية غير ملزمة لطرفيها، فلا يمكــن القيام بها دون موافقة أطــراف النزاع ، كما يمكنهم في أي وقت الانســحاب من الوســاطة واللجوء إلى أي

(٤٤) د/ محمد نصر الدين جودة، إدارة الدعوى المدنية، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع،٢٠٠٥ ص٢٢.

وسيلة أخرى لفض النزاع كالتحكيم أو القضاء.

سابعاً: وسيلة مشاركة في إيجاد حلول للنزاع:

تتم عملية الوساطة بمشاركة طرفي النزاع والوسيط لحل النزاع، حيث يقوم الوسيط بمهمة تسهيل الحوار بين طرفي النزاع، ومساعدتهما بتقريب وجهات النظر بينهما وتسهيل التواصل بينهما، ثم اقتراح الحلول الممكنة التي تخدم مصالح طرفي النزاع والتقريب بين وجهات النظر، وتوفير ملتقى للحوار قد يساهم في الوصول إلى حل مرضٍ لطرفي النزاع بعد تهيئة جو من الثقة والاطمئنان في حوار من أجل المصلحة دون ترك آثار سيئة في نفوس طرفي النزاع، فنجاح الوساطة مرهون بمشاركة حقيقية لطرفي النزاع في البحث مع الوسيط عن حلول عادلة ومقبولة من الطرفين معاً ليكونا خصمين رابحين(٤٥).

بمعنى أن الوسيط يقوم بطرح مقترحات لتسوية النزاع على أطرافه لاختيار من بينها ما يرونه الأقرب إلى تحقيق تسوية مرضية لهما بعيداً عن فكرة الخصومة، وهو ما يمكن الطرفين من الاحتفاظ بعلاقات طيبة، ويكون لكلا الطرفين الحرية في قبول أو رفض كل أو بعض اقتراحات توصية الوسيط. وقناعة طرفي النزاع بحيادية الوسيط يدعوهما في الغالب إلى أخذ مقترحاته بعين الاعتبار عند اختيار الحل الذي يراه الأكثر قبولاً مما يزيد من مصداقية عمل الوسيط، لأن التوصية المتمخضة عن الوساطة غير ملزمة لطرفي النزاع إلا برضاهما، الأمر الذي يكفل تنفيذها دون صعوبات.

كما تتيح الوساطة لطرفي النزاع فرصة التعبير عن مصالحهما واحتياجاتهما، ودوراً

(٤٥) أحمد شرف الدين، تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية في الدول العربية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠٠٥، ص٦٣.

إيجابياً بالمشاركة الفعالة لحل النزاع بحلول يمكن التعايش معها، والمحافظة على مصالحهما المشتركة، وبقاء علاقاتهما ودية في المستقبل؛ لأنها من صنع طرفي النزاع وبمساعدة الوسيط بما يؤدي إلى سرعة التنفيذ الاختياري(٤٦).

المطلب الثاني: التمييز بين الوساطة والنظم القانونية المشابهة لها

يحقق نظام الوسائل البديلة لتسوية المنازعات عدالة ناجزة لأطراف النزاع ولإيصال الحقوق إلى أصحابها في أسرع وقت، والحد من إجراءات التقاضي الكيدية، كما أنه يخفف العبء عن القضاء، وعن أصحاب الحقوق من الناحية المادية، والسرعة، والوقت، والسرية.

وعلى ذلك فالوسائل البديلة لتسوية المنازعات هي الطرق الاتفاقية التي يتم بها تسوية المنازعات المدنية والتجارية دون اللجوء إلى القضاء برفع دعاوى أمام المحاكم، وهناك عدة طرق بديلة لتسوية المنازعات مثل: الوساطة، والتحكيم، والتوفيق ... وتلك الطرق تتواءم مع متطلبات سرعة تسوية المنازعات وتوفير الوقت والجهد والنفقات(٤٧).

ولا خشية من الوساطة بحجة أنها تنتهج غير الطريق القضائي، ولا يعتقد القضاة أنهم سيفقدون سلطتهم عند تطبيق الوساطة، ولا يظن المحامون أنه سينزع منهم مهمة الدفاع عن مصالح موكليهم أمام القضاء بتطبيق الوساطة، نظراً لأن الوساطة وسيلة بديلة عن القضاء لتسوية المنازعات بالبحث عن الحل التوافقي.

(٤٦) د/ محمد نصر الدين جودة، إدارة الدعوى المدنية، المرجع السابق، ص٢٢.

(٤٧) ورقة عمل مقدمة لندوة برعاية المعهد القضائي الأردني بعنوان: "بدائل الدعوى المدنية في تسوية النزاعات"، عمان، ٢٠٠٥.



هذا وتختلف الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات عن غيرها من النظم القانونية المشابهة لها، مثل الآتي:

أولاً: الوساطة والصلح:

المصطلحان متطابقان من حيث المعنى كما أوضحته سابقا في تعريفهما، ولكن هناك معنى دقيقاً في التفرقة بينهما وهو أن الوساطة مرحلة سابقة لمرحلة الصلح، فإذا انتهت إجراءات الوساطة إلى الاتفاق على تسوية النزاع فهنا يتم كتابة عقد الصلح وتسمى حينئذ وساطة منتهية بالصلح، وإن لم تثمر جهود الوساطة فتسمى وساطة فحسب.

وعقد الصلح المبرم بعد جهود الوساطة هو عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من طلباته، وعلى ذلك فالصلح يشتمل على ثلاثة عناصر، وهي: وجود نزاع قائم أو محتمل، ونية حسم النزاع، ونزول كل من طرفي النزاع عن جزء من طلباته على وجه التقابل، ولا يشترط في الصلح أن يكون النزول من الجانبين متعادلاً أو متساوياً ولذا لا محل لادعاء الغبن في الصلح.

والوساطة والصلح وسيلتان اختياريتان لتسوية المنازعات بين طرفي النزاع بعيداً عن اللجوء إلى القضاء، ولا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام[(٤٨)].

والصلح عقد رضائي ملزم للجانبين كاشف للحقوق، وبالصلح يحسم النزاع وتنقضي الحقوق والادعاءات التي نزل عنها كل من الطرفين نزولاً نهائياً[(٤٩)].

(٤٨) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، منشأة المعارف، الإسكندرية، عام ٢٠٠٤، ص٣٨٩.د/ يس محمد يحيى، عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، عام ١٩٧٨، ص٢٥٢.

(٤٩) شيماء محمد سعيد، أحكام عقد الصلح، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، عام ٢٠٠٣، ص٣٨.

وينتهي النزاع بالصلح بمجرد تنازل كل من طرفي النزاع عن جزء من ادعاءاته في صورة عقد صلح بينهما، فعقد الصلح يلزم أطرافه، وغير قابل للطعن عليه بطريق الطعن في الأحكام، وإن كان قابلاً للفسخ والبطلان طبقاً لقواعد الشريعة والقانون[٥٠].

ويجوز لطرفي النزاع اللجوء إلى القضاء بعد عملية الوساطة غير المنتهية بالصلح بخلاف الحال بعد الصلح المنبثق عن الوساطة، ويقتصر أثر الصلح والوساطة على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها.

ثانياً: الوساطة والتحكيم:

لم يعّرف نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٣٤وتاريخ ٢٤ / ٥ / ١٤٣٣هـ، مصطلح التحكيم، ويمكن تعريف التحكيم كما ورد عند شراح القانون بأنه: "اتخاذ الخصمين شخصاً آخر برضاهما لفصل خصومتهما"، كما عرفته محكمة النقض المصرية "بأنه طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طريق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، ومن ثم تنصرف إليه إرادة المحتكمين في عرضه على هيئة التحكيم"[٥١].

ويتفق كل من التحكيم والوساطة في أنهما وسيلة بديلة لتسوية المنازعات بعيداً عن القضاء، وأن كلا منهما يحتاج إلى وجود اتفاق طرفي النزاع "اتفاق التحكيم، واتفاق الوساطة"، وأن كلا من المحكم والوسيط لا يخضع إلا لسلطان الشريعة والنظام، وأن موضوعات الوساطة والتحكيم تنحصر في المسائل غير المتعلقة بالنظام العام والمسائل

(٥٠) ضحى إبراهيم الزناتي، شرط التحكيم في العقود المدنية، جامعة القاهرة، عام ٢٠٠٣، ص٨٧ وأحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص٣١.

(٥١) د/ خيري عبد الفتاح السيد، الوساطة كوسيلة بديلة لفض المنازعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص٥٨.

التي يجوز فيها الصلح[٥٢].

كما أن كلاً من التحكيم والوساطة هو من الأنظمة الاتفاقية ويجوز لكل شخص طبيعي أو معنوي يملك التصرف في حقوقه في المسائل التي يجوز فيها الصلح، كما أن كلا من الوسيط والمحكم ليسا عضوين في الجهاز القضائي للدولة، وأن كلاً منهما يخضع عند ممارسة مهمته لشروط واحدة هي الموضوعية والاستقلال والحياد، وأن رأي كل من الوسيط والمحكم ينصب على المسائل الواقعية والقانونية معاً[٥٣].

وتوصية الوسيط لا تحسم النزاع، ولا تلزم الأطراف، ولا تحوز حجية الشيء المقضي به إلا بقبولها من طرفي النزاع وتوقيعهما عليها، فلا يعتد بها إذا تم قبولها من أحد طرفي النزاع دون الآخر، بمعنى أن نكول أحد طرفي النزاع عنها سوف يعني فشل الوساطة، مما يفتح المجال أمام أي منهما في اللجوء إلى القضاء لنظر دعواه، فالقوة الملزمة لتوصية الوسيط تجد مصدرها في الإرادة الصريحة لطرفي النزاع في احترام تلك التوصية بقبولهما الصريح لها والتوقيع عليها مع الوسيط، ولذلك لا تكتسب تلك التوصية القوة الإلزامية إلا بعد توقيعها من طرفي النزاع والوسيط[٥٤].

كما أن لجوء طرفي النزاع إلى الوساطة لا يمنعهما من التراجع عنها قبل انتهاء إجراءاتها، وقد تتضمن عملية الوساطة تنازلات من الطرفين لكي يمكن التوصل إلى حل وسط، وعلى ذلك ينتهي النزاع بقبول طرفي النزاع للتوصية وتوقيعهما مع الوسيط تطبيقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد.

---

(٥٢) وفي هذا الشأن تنص المادة الثانية من نظام التحكيم السعودي (.....ولا تسري أحكام هذا النظام على المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصيّة، والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح).

(٥٣) د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفهومه، مجلة المحامين، القاهرة، ع١- ٢٠٠١ ف، ص٥٦٧.

(٥٤) د/ عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، الجزء الثاني، دار المعارف، القاهرة، عام ١٩٩٨، ص٢٢.

ومحل اتفاق التحكيم هو الالتزام بعدم عرض النزاع على القضـاء، واختيار محل للفصل في النزاع، وينتهي النزاع التحكيمي بمجرد صدور حكم التحكيم الملزم الحائز لقوة الأمر المقضـي القابل للتنفيذ الجبري بعد الحصـول على أمـر بتنفيذه، وذلك لأن حكم التحكيم حكم فاصـل في النـزاع يحوز لكل من طرفي النزاع التمسـك به ولا يجوز لأي من طرفي النزاع اللجوء إلى القضاء لنظر دعواه[٥٥].

لذا فإن لجوء طرفي النزاع إلى التحكيم يمنعهم من التراجع عنه قبل انتهاء إجراءات التحكيم وصـدور الحكم فيه، ويختص المحكم بالفصل في أي مسألة لازمة للفصل في القضـية المنظورة أمامه، كما يجب على المحكم احترام الحقوق الأساسـية للخصوم، حيث يخضـع عمل المحكم لرقابة القضـاء، بينما عمل الوسـيط[٥٦] لا يخضـع لرقابة القضاء[٥٧].

كما أنه لا يعد الوسيط أو المحكم منكراً للعدالة إذا امتنع عن القيام بمهمته بعد قبوله لها، وذلك لأنه لا يعتبر أي منهما قاضياً، ولا يجوز عزل المحكّم إلا بتراضي الخصوم، ويجـوز للمحكّم المعزول المطالبة بالتعويض إذا كان قد شرع في مهمته قبل عزله، ولم يكن العزل بسبب منه[٥٨].

ويرى الباحث أنه يجوز لكلٍ من المحكم والوسيط التنحي من تلقاء نفسه عن القيام

---

(٥٥) د/ عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، المرجع السابق، ص٢٣.

(٥٦) وفي ذلك نصت المادة الثانية والثلاثون من قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاتها على أن: "جميع الإعلامات الصادرة من مكاتب المصالحة مكتسبة القطعية بعد المصادقة عليها وغير خاضعة للاستئناف ويطبق في الاعتراض عليها ما ورد في نظام التنفيذ".

(٥٧) د/ محمد إبراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي، دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية، عام ٢٠٠٥، ص٣٨.

(٥٨) حيث نصت المادة الثامنة عشرة (فقرة٢) من نظام التحكيم السعودي المشار إليه على أنه: "ما لم يكن المحكّم معيّناً من المحكمة المختصّة، فإنه لا يعزل إلا باتّفاق طرفيّ التحكيم، دون إخلال بما ورد في الفقّرة (١) من هذه المادّة، وللمعزول المطالبة بالتعويض إن لم يكن العزل قد حصل بسبب منه".

أو مواصلة القيام بمهمته إذا استشعر الحرج أو لأسباب قوية تبرره، وعلى كل منهما مراعاة الالتزام بسرية المعلومات، كما أنه يجوز لكل منهما أن يجمع بين مهمته وبين القيام بأي عمل بأجر أو بغير أجر، أو بين مزاولة التجارة، وبين أية وظيفة أخرى، وذلك لأن الوساطة والتحكيم ليسا وظيفة عامة.

ثالثاً: الوساطة والتوفيق:

التوفيق[٥٩] هو طريق ودي لتسوية المنازعات بين طرفي النزاع بمساعدة شخص آخر للاجتماع والتشاور والوصول إلى حل منهٍ للنزاع، فإذا نجح طرفا النزاع في التوصل إلى تسوية مناسبة بينهما حررا به اتفاق تسوية موقعاً منهما ومن الموفق، وكثيراً ما يرد اتفاق التوفيق في عقود التجارة الدولية التي يستغرق تنفيذها مدة طويلة كعقود التوريد، ونقل التكنولوجيا، والمشروعات العامة الدولية[٦٠].

وبمقتضى اتفاق التوفيق يلتزم أطراف العقد بإحالة ما يثيره من منازعات في المستقبل إلى هيئة التوفيق المختارة من طرفي النزاع، ومهمتها دراسة موضوع الخلاف بالتشاور المستمر مع طرفي النزاع والتعرف على مختلف وجهات النظر والعمل على الحد من اتساع الخلاف بينهما وتقريبها واقتراح أفضل الحلول الودية لتسوية الخلاف بما يكفل استمرار مصالحهم القائمة والمستقبلية[٦١].

هذا وتتفق الوساطة والتوفيق في تدخل شخص من الغير يعهد إليه بأداء المهمة ويكون مختارا من طرفي النزاع، وهما الوسيط والموفق، كما أن كلاً من الوساطة

(٥٩) هو نظام معمول به في جمهورية مصر العربية.

(٦٠) د/ علي رمضان علي بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ١٩٩٨، ص٥٦.

(٦١) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، الطبعة ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٥٥.

والتوفيق وسـيلة بديلة للقضاء في تسـوية المنازعات، وأنه يحق لطرفي النزاع اللجوء إلى القضـاء في حالة فشل الوسـاطة أو التوفيق، وأن كلا من الوسيط والموفق يقترح حلولاً غير ملزمة لطرفي النزاع، وأن محل الوسـاطة والتوفيق هو المسائل التي يجوز فيها الصلح، والتي لا تتعلق بالنظام العام.

كما أن توصـية الوساطة، وقرار التوفيق لا يكتسـب الحجية أو القوة الملزمة إلا بعد توقيع طرفي النزاع عليهما؛ وذلك لأن الطبيعة القضـائية ليسـت من مهمة الوسيط أو الموفق، وكل من الوسـاطة والتوفيق نظام إرادي اختياري، وأيضـاً الوساطة تستهدف الهدف نفسـه الذي يسعى إليه التوفيق وهو التوصل إلى حل وسط للنزاع يقبله طرفا النزاع[٦٢].

ولتسـوية المنازعات التي تكون الوزارات والأشـخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها، أصبح اللجوء إلى لجان التوفيق إجبارياً قبل اللجوء إلى القضاء[٦٣]، وقد ينتهي مسعى كل من الموفق، والوسـيط دون نتيجة وعند ذلك تنتهي مهمة كل من الموفق والوسيط، ويلجأ طرفا النزاع إلى وسيلة أخرى لحسم النزاع كالتحكيم أو القضاء[٦٤].

ويفترقـان في أن عمل الموفق يقتصـر على التقريب أو نقل وجهـات النظر، فيقوم بتسهيل الاتصـال بين طرفي النزاع مع بيان نقاط الخلاف والتقريب بينهما، بينما عمل الوسـيط يسـتغرق عمل الموفق، ويمتـد إلى حد اقتراح حلول علـى طرفي النزاع قد

(٦٢) د/ أحمد حشيش، نحو فكرة عامة للوساطة الإجرائية باعتبارها عوناً للقضاء، مجلة روح القوانين، حقوق طنطا، مارس ٢٠٠٢، ص٤.

(٦٣) د/ عاشور مبروك، نحو محاولة للتوفيق بين الخصوم، دار النهضة العربية، عام ٢٠٠٢، ص١٨.

(٦٤) انظر: قانون لجان التوفيق المصري رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠، د/ محمد إبراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، عام ٢٠٠٥، ص٤٩.



يقبلان بعضـها في حالة نجاح الوساطة، أي أن عمل الوسيط أكثر اتساعاً وأكثر إيجابية من عمل الموفق[65]، فالوسيط يبدأ مهمته بالتقريب بين وجهات نظر طرفي النزاع، فإن تعذر عليه ذلك قدم توصـية مكتوبة لطرفي النزاع بالحلـول المقترحة، يكون لهما حق قبولها أو رفضها، وبقبولها وتوقيعها من طرفي النزاع تكتسب القوة الملزمة[66].

فالاختلاف بين التوفيق، والوسـاطة هو فقط في الدرجة، وليس في الطبيعة، بحيث يمكـن اعتبار التوفيق شـكلاً من أشـكال الوسـاطة، وقد يقترن اتفـاق التوفيق بشرط التحكيم، كما قد يقترن اتفاق الوساطة بشرط التحكيم[67].

رابعاً: الوساطة والخبرة:

عرفت الخبرة بأنها: "الإخبار عن حقيقة الشيء المتنازع عليه بطلب من القاضي"[68].

وعرفت الخبرة بأنها العلم عن تجربة وممارسـة ومهارة فائقـة بمجال من مجالات المعرفة الفنيـة غير القانونيـة، وإبداء رأي استشـاري فني متخصـص غير ملزم للخصـوم والمحكمـة كإجراء من إجراءات الإثبات[69]، وعلـى ذلك لا يجوز للخبير الفني إبداء رأيه في المسائل القانونية أو التعرض لمسائل فنية خارج حدود مهمته.

والخبير لا يصدر قرارات، وإنما يبدي رأياً فنياً يجوز طرحه أو تجزئته أو التعديل فيه، والعودة لطلب تقارير خبرة أخرى من خبراء آخرين، فكل من الخبير والوسـيط يعتمد على معلوماته وخبرته فضـلاً عما يقدمـه له الأطراف من معلومـات، فالخبير له إبداء

(٦٥) د/ محمد إبراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي، المرجع السابق، ص٥٢.

(٦٦) د/ محمـود مختـار أحمـد، التحكيـم التجاري الـدولي، الطبعة الثالثـة، دار النهضـة العربية، القاهـرة، عام ٢٠٠٤، ص١٩.

(٦٧) د/ عبد القادر الطورة، قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعية، دار النهضة العربية، عام ١٩٩٠، ص٥٠.

(٦٨) د/ إبراهيم بن صالح الزغيبي، تنظيم الخبرة أمام القضاء، مجلة العدل، العدد (٦) ربيع الآخر ١٤٢١هـ، ص١.

(٦٩) د/ مهنـد أحمـد الصانـوري، دور المحكم في خصومة التحكيـم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشـر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥، ص٥٩.

رأيه الفني دون حاجة للرجوع إلى الأطراف، بينما الوسيط لابد له من الرجوع إلى الأطراف بتخويل الأطراف إمكانية تقديم مستنداتهم وحق كل طرف في الاطلاع على ما يقدم الطرف الآخر، فكل من الوسيط والخبير يبدي رأياً غير ملزم للأطراف(٧٠).

فمهمة الخبير تقديم رأي استشاري فني متخصص، بينما الوسيط قد لا يكون بالضرورة فنياً متخصصاً وإنما قد يكون رجل قانون مثلاً يقوم بتقريب وجهات نظر طرفي النزاع وتقديم توصية غير ملزمة بحلول للنزاع، ومصدر سلطات الوسيط هو اتفاق الطرفين بينما مصدر سلطات الخبير هو قرار المحكمة بندب خبير، ولا يجوز لأي من الوسيط أو الخبير أن يمثلا في مصالح متعارضة مع مصلحة أي منهما.

والتقرير الفني للخبير لا يجوز الطعن عليه بطريق الطعن في الأحكام؛ لأنه ليس حكماً، وإنما قرار يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وكذلك الأمر بالنسبة للتوصية في الوساطة فلا يجوز الطعن عليها بطرق الطعن في الأحكام؛ لأنها ليست حكماً وقد ينتهي النزاع بالوساطة خاصة بعد قبول طرفي النزاع للتوصية وتوقيعهما عليها مع الوسيط، بينما تقرير الخبير لا ينهي النزاع بين الطرفين، إنما ينتهي بحكم القضاء أو التحكيم، ويجب أن يؤدي اليمين القانونية أمام المحكمة قبل القيام بمهمته بخلاف الوسيط(٧١).

ويمكن اللجوء إلى الوساطة في المسائل التي يجوز فيها الصلح، والتي لا تتعلق بالنظام العام فقط، بينما يجوز اللجوء إلى الخبرة في جميع المسائل بغض النظر عن محلها حتى ولو لم يمكن اللجوء فيها للوساطة أو الصلح أو التحكيم، فالمعيار المميز بين

---

(٧٠) د/ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة، عام ١٩٩٣، ص٣٠٨.

(٧١) د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، بالإسكندرية، عام ٢٠٠١، ص٢٩.

الوسـيط والخبير هو حقيقة المهمة التي يتعين عليه القيام بها، فمهمة الوسـيط التقريب بـين وجهات نظر طرفي النزاع وتقديم توصـية غير ملزمة بحلـول النزاع، بينما مهمة الخبير تقديم رأي استشاري في مسألة واقعية مادية بحتة في شكل تقرير فني.

ولا يجوز للخبير التعرض للمسائل القانونية وإنما يتعرض للمسائل الواقعية أو الفنية أو العملية فقط، بينما يجوز للوسيط التعرض للمسائل القانونية والواقعية معاً، كما أن كلا من الخبير والوسـيط ليسا عضـوين في الجهاز القضائي للدولة، وكذلك كل منهما يخضع عند ممارسة مهمته لشروط واحدة هي الموضوعية والاستقلال والحياد[٧٢].

كما أنه يجوز للمصـلح (الوسـيط) عند الاقتضـاء أن يقرر ندب خبـير أو أكثر إذا رضي بذلك طرفا الصلح ويحدد في القرار مهمة الخبير وتكون تكاليف الخبرة على نفقة طرفي الصلح ما لم يتفقا على غير ذلك[٧٣].

ويرى الباحث أن الوسـاطة والخبرة يتفقان في أساسهما الذي يرجع إلى الاتفاق بين طرفي النزاع، كما أن كلا من الوسيط والخبير شخص من الغير محايد بالنسبة لطرفي النزاع، والوسـاطة والخبرة لا يلجأ إليهما الأطراف إلا بخصوص مسألة محل نزاع أو خلاف، وقد يختار الخبير كعضـو في هيئة الوساطة، والعكس غير صحيح فالوسيط لا يكون عضواً في هيئة الخبرة كوسيط بل كخبير فقط.

خامساً: الوساطة والقضاء:

القضـاء هو السلطة القضـائية الرسمية في الدولة لتسـوية المنازعات بينما الوساطة وسـيلة اختيارية بديلة عن القضـاء الرسمي لتسـوية أنواع معينة من المنازعات وهي

(٧٢) د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفهومه، المرجع السابق، ص٥٦٧.

(٧٣) المادة السادسة والعشرين من قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاتها بوزارة العدل.

بخلاف القضـــاء، فولايته عامة على جميع أنواع المنازعات، ولطرفي النزاع حق عزل الوسيط بخلاف القاضي فهو موظف عام في الدولة لا يجوز عزله من أطراف النزاع، ونظم التقاضـــي محكومة بعدد من الإجراءات والقوانين بينما عملية الوســـاطة تكون أكثر مرونة وبإجراءات أسهل(٧٤).

ويســـتند التقاضـــي على المطالبة بحق محدد بينما عملية الوساطة تستند على الرؤيا الشـــاملة للعلاقات بين طرفي النزاع، والحكم القضـــائي ملزم ومحدد ويتمتع بحجية الأمـــر المقضـــي، وتكون الوســـاطة على درجة واحدة فيها خصـــمان رابحـــان بينما في التقاضـــي يوجد خصـــم رابح وآخر خاسر، والعلانية مظهر من مظاهر القضـــاء، بينما السرية هي من مظاهر الوساطة.

والوســـيط على خلاف القاضـــي، فالأطراف يمكنهم اختيار وسيط له خبرة بموضوع النزاع كمهندس مثلاً مما يجعله مؤهلاً فنياً لفهم طبيعة موضوع النزاع، وسيكون ذلك مصـــدر ثقة وطمأنينة أطراف النزاع في التوصـــية التي سيصـــدرها الوسيط والتي لا تتمتع بحجية الأمر المقضي كالحكم القضائي، وإنما يكون نفاذها معلقاً على قبول طرفي النزاع لها مع بقاء حق طرفي النزاع في اللجوء إلى القضاء إذا باءت محاولة الوساطة بالفشل(٧٥).

ويســـعى الوسيط لتســـوية النزاع بحل وسط لصـــالح الطرفين بينما القاضي يصدر حكمـــاً قد يلبي فيه كل طلبات المدعي ويرفض كل طلبات المدعي عليه أو العكس، وأن القاضي موظف عام يتقاضـــى مرتبا من الدولة، بينما الوسيط الاتفاقي لا يعتبر موظفاً

(٧٤) د/ عبد الحميد الشواربي، التحكيم والصلح في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص٣٥.
(٧٥)) د/ عبد الحميد الشواربي، التحكيم والصلح في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص٣٦.

عاماً ويتقاضى أجره من طرفي النزاع، ويشترط رضا طرفي النزاع على الوساطة بخلاف القاضي فلا يشترط فيه ذلك لأن ولايته عامة.

ولا يجوز الطعن على توصية الوسيط بطرق الطعن في الأحكام؛ لأنها ليست حكماً ملزماً بعكس الأحكام القضائية.

المبحث الثالث
العناصر الأساسية لعملية الوساطة المنتهية بالصلح

سوف نتناول في هذا المبحث عناصر عملية الوساطة وهي: اتفاقية الوساطة، والوسيط، ومراحل الوساطة، وذلك بتخصيص مطلب مستقل لكل عنصر على النحو التالي:

المطلب الأول: اتفاقية الوساطة

أولاً: مفهوم اتفاقية الوساطة:

تعتبر اتفاقية الوساطة عقداً من العقود الخاصة، يسوده مبدأ الإرادة والرضا، وتسري عليه النظرية العامة للعقد في الشريعة الإسلامية في المملكة العربية السعودية أو القانون في النظم المقارنة(٧٦).

واتفاقية الوساطة هي عقد بين طرفي النزاع يحيلا بمقتضاه إلى الوساطة كل أو بعض المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويكون في إحدى صورتين: إما شرط وساطة بالعقد الأصلي قبل قيام

(٧٦) مثل: مصر والأردن والجزائر والمغرب وغيرها.

النزاع ، وإما مشارطة وساطة باتفاق لاحق عن العقد الأصلي بعد قيام النزاع ، بمعنى أنه تعبير عن إرادتين تراضيا على اختيار الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية منازعات قائمة أو قد تقوم بينهما، ولطرفي النزاع الحرية الكاملة في صياغة اتفاقية الوساطة وتضمينها الأمور التي يرغبان فيها مثل: مدة الوساطة، وكيفية اختيار الوسيط، والقواعد الإجرائية والموضوعية الواجبة التطبيق على عملية الوساطة والنزاع (٧٧).

وتطبيقاً لمبدأ استقلالية اتفاقية الوساطة – شرطاً كان أو مشارطة – عن العقد الأصلي فإنه إذا تعرض عقد الاتفاق الأصلي لسبب أدى إلى بطلانه أو فسخه أو إنهائه، فلا يؤدي ذلك إلى التأثير على شرط الوساطة الذي يظل صحيحاً طالما أنه استكمل شروط صحته الخاصة به كما أن زوال اتفاق الوساطة لبطلان ذاتي أو سقوطه بفوات ميعادها لا يؤثر على العقد الأصلي.

اتفاقية الوساطة في أمريكا (قانون ولاية كاليفورنيا):

الاتفاق الشفهي المسجل(٧٨): يقصد به الاتفاق الشفهي الذي يلبي جميع الشروط التالية:

(أ) أن يتم تسجيل الاتفاق الشفهي من قبل محضر بالمحكمة بواسطة جهاز تسجيل، أو أي وسائل أخرى موثوق بها للتسجيل الصوتي.

(ب) تسرد شروط الاتفاق الشفهي على التسجيل بحضور الطرفين والوسيط، ويعرب الطرفان في التسجيل على موافقتهما على الشروط التي تم سردها.

---

(٧٧) د/ خيري عبد الفتاح السيد، الوساطة كوسيلة بديلة لفض المنازعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص١٤٧.

(٧٨) كلية توماس جيفيرسون للقانون، برنامج تبادل خبرات منفذي القانون لعام ٢٠١١،أساسيات القانون الأمريكي (ولاية كاليفورنيا)، المستشار القانوني لولاية كاليفورنيا ونقابة محاميي ولاية كاليفورنيا البروفسور سكوت ميكوين.

(ج) ينص الطرفان صراحة في الاتفاق الشفهي المسجل على أن الاتفاق ساري النفاذ أو ملزم.

(د) يتم تلخيص التسجيل كتابة في مذكرة ويتم التوقيع على المذكرة المدونة من قبل الطرفان خلال ٧٢ ساعة من تسجيلها.

وتعتمد عملية الوساطة – كوسيلة اختيارية في اللجوء إليها- على وجود اتفاق وساطة، شرطاً كان أو مشارطة بين طرفي النزاع، بالإضافة إلى عقد وساطة بين طرفي النزاع وهيئة الوساطة التي تقوم بتسوية النزاع بتوصية غير ملزمة وليس لها صفة الإلزام، ولا تضفى عليها القوة التنفيذية إلا بعد التوثيق والتصديق والتوقيع عليها من طرفي النزاع.

ثانياً: شروط اتفاقية الوساطة:

بما أن اتفاق الوساطة عبارة عن عقد بين طرفي النزاع، فإن صحة هذا الاتفاق ونفاذه لا يكون إلا إذا توافرت فيه الشروط الخاصة بانعقاد العقد من أهلية ورضا ومحل وسبب طبقاً للقواعد العامة لنظرية العقد(٧٩).

والأهلية اللازمة لإبرام اتفاقية الوساطة – شرطاً أو مشارطة – هي أهلية التصرف في الحقوق المتعلقة بالنزاع المراد إحالته إلى الوساطة، فالوساطة لا تصح إلا ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع المراد حله بالوساطة طبقاً للقواعد الشرعية والقانونية.

واتفاق الوساطة هو عقد رضائي، ولذا يجب ألا يشوب إرادة أي من طرفي اتفاق الوساطة أي عيب من عيوب الرضا، ولا بد من تطابق واتحاد إيجاب وقبول إرادتي طرفي اتفاقية الوساطة التي تتجه إلى اللجوء إلى الوساطة لتسوية النزاع الذي نشأ

(٧٩) د/ خيري عبد الفتاح السيد، الوساطة كوسيلة بديلة لفض المنازعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص١٥٦.

أو سينشـــأ بينهما، وعلى ذلك يجب التأكد من أن التراضـــي بـــين الطرفين قد تم فعلاً، وذلك لتجنب أي ضـــغط أو محاولة لفرض اتفاق الوســـاطة على أحد طرفي النزاع، ويتحقق الرضا بتلاقي إرادتين على اتفاقية الوساطة خاليتين من عيوب الإرادة كالغلط، والتدليس والإكراه والاستغلال(٨٠).

ويقصد بمحل عقد الوساطة إجراء الوساطة لتسوية النزاع بين طرفيه، ويقصد بمحل اتفاقية الوساطة المنازعات التي تشملها اتفاقية الوساطة، وهي كل أو بعض المنازعات أو الخلافات التي ستنشـــأ بين الطرفين، وفي جميع الأحوال سواء أكان اتفاق الوساطة قد تم في صـــورة شرط أم في صورة مشـــارطة وساطة يجب أن يكون موضوع النزاع من الأمور التي يجوز فيها الوساطة، وألا تكون مخالفة للنظام العام والآداب العامة، وأن يكون ناشـــئاً عن علاقة قانونية، عقدية أو غير عقدية، محددة وقائمة بالفعل، بحيث لا يتصور أن يتفق على الوساطة بالنسبة لعلاقات لم تنشأ بعد(٨١).

ويجوز إبرام اتفاقية الوســـاطة ولو كان النزاع القائم قد أقيمت بشـــأنه دعوى أمام جهة قضـــائية،وفقاً لنص المادة الثالثة من قواعد العمل في مكاتب المصـــالحة وإجراءاتها بوزارة العـــدل التي تنص على أنه "تسري أحكام هذا القواعد على طلبات المصـــالحة التـــي لم تحل إلي المحكمة وطلبات المصـــالحة التي يتقدم طرفاها بطلب المصـــالحة ولو كانت منظورة لدى المحكمة المختصة".

ولا يجوز إبرام اتفاقية الوســـاطة بشـــأن نزاع تم حســـمه بحكم قضائي نهائي، نظراً لانتفاء سبب الاتفاق على الوساطة.

(٨٠) د/ فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، عام ٢٠٠٦، ص٢٢٦.
(٨١) د/ فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص٢٢٧.

ويحال موضوع المصالحة "الوساطة" للمحكمة المختصة في الحالات التالية[٨٢] :

١- إذا تعذرت المصالحة بين طرفي الدعوى.

٢- إذا امتنع المطلوب حضوره من الحضـــور أو تعذر تبليغه أو لم ترد ورقة التبليغ ما لم يطلب الطرف الآخر موعداً آخر على أن لا يتكرر الموعد أكثر من ثلاث مرات .

٣- إذا كان المدعي لا يعرف عنوان المطلوب حضوره.

ثالثاً: الأمور التي لا تدخلها الوساطة:

"لا يجوز إجراء المصـــالحة على الأوقاف ولا علـــى أموال القصر ولا على ما يحتاج النظر فيه إلى الغبطة والمصلحة"[٨٣].

المطلب الثاني: الوسيط

أولاً: الشروط المتطلبة في الوسيط:

"الوسيط" يقصد به: شخص محايد يقوم بعملية الوساطة؛ ويشمل "الوسيط" أي شـــخص يتم تكليفه من قبل وسيط آخر للمســـاعدة في عملية الوساطة أو للتواصل مع المشاركين في عملية الوساطة[٨٤].

ويجب أن يكون الوسيط متمتعاً بالأهلية، ومحايداً ومستقلاً، ومحمود السيرة حسن السمعة، ومتمتعاً بالصلاحية للقيام بمهمة الوساطة وذلك لأن جوهر مهمة الوساطة هي جمع طرفي النزاع مع بعضهم لتهيئة آلية مشجعة لطرفي النزاع لحله بشكل ودي لإبقاء

(٨٢) المادة الحادية عشرة من قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاتها بوزارة العدل.

(٨٣) المادة الخامسة عشرة من قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاتها بوزارة العدل.

(٨٤) كلية توماس جيفيرسون للقانون، برنامج تبادل خبرات منفذي القانون لعام ٢٠١١،أساسيات القانون الأمريكي (ولاية كاليفورنيا)، المستشار القانوني لولاية كاليفورنيا ونقابة محاميي ولاية كاليفورنيا البروفسور سكوت ميكوين.

العلاقات متصلة[٨٥].

وقد نصت المادة الرابعة من قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاتها في المملكة، على أنه يشترط في المصلح (الوسيط) ما يلي:

١-أن يكون سعودي الجنسية.

٢-أن يكون من المشهود لهم بالنزاهة والخبرة، وأن يكون حسن السيرة والسلوك.

٣-أن يجتاز المقابلة الشخصية المعدة لهذا الشأن.

ثانياً: التزامات الوسيط:

يفرض على الوسيط مجموعة من الالتزامات عند قيامه بمهامه، وذلك بمقتضى عقد الوساطة المبرم بينه وبين طرفي النزاع، وعليه في ذلك أن يبذل العناية اللازمة دون أن يكون ملتزماً بتحقيق نتيجة معينة وهي حل المنازعة، ومن تلك الالتزامات ما يلي:

١- لا يجوز للمصلح أن يباشر عملاً يدخل في حدود وظيفته، في طلبات المصالحة الخاصة به، أو بأزواجه أو بأقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة وإلا كان هذا الإجراء باطلاً[٨٦].

٢- يجب أن يكون المصلح ذا أهلية للصلح من حيث علمه وعقله وصلاحه وثقاه وقدراته على توخي العدل والإنصاف.

٣- أن يكون المصلح عالما بالوقائع وصفة الخلاف والتنازع، عارفا بالواجب قاصدا العدل والفصل في النزاع بطريق التراضي وتوخي العدل والإنصاف بين المتنازعين.

٤- ألا يكون للمصلح علم بحق احد المتخالفين على الآخر.

(٨٥) د/ جاك الحكيم، الأساليب البديلة للتسوية، ندوة القانون المقارن، دمشق، عام ١٩٩٦، ص٦٤.

(٨٦) المادة الرابعة من قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاتها بوزارة العدل.

٥- ألا يكون المصلح فاسقا أو مغفلا أو محدود النظر والفكر والعقل، حيث إن مثل هذا يترتب على قيامه بالإصلاح ما يقوي النزاع ويعقد الإشكال.

٦- التزام الوسيط بأداء مهمته بنزاهة وعدالة[٨٧].

٧- عدم الكشف لأحد الأطراف على ما أطلعه عليه الطرف الآخر إلا بموافقته.

٨- احترام مبدأ السرية فلا يفشي سراً اؤتمن علية أو عرفه من خلال إجراءات المصالحة ما لم يأذن صاحب الشأن أو وافق الأطراف على خلاف ذلك.

٩- لا يجوز للمصلح العمل كمحكم أو وكيل أو محام بعد العمل كمصلح في أي نزاع قام بإجراء المصالحة فيه أو أي نزاع مرتبط به ناشئ عنه[٨٨].

ثالثاً: حقوق الوسيط:

بالرغم من إلزام الوسيط بمجموعة من الالتزامات عند مباشرته مهمة الوساطة، فإنه بالمقابل يتمتع بمجموعة من الحقوق، وذلك بمقتضى عقد الوساطة، ومن تلك الحقوق[٨٩]:

١- حق الوسيط في احترامه، وتقديم المعونة له ومساعدته على تسوية النزاع.

٢- حق الوسيط في قبول أو رفض مهمة الوساطة.

٣- حق الوسيط في التنحي عن مهمة الوساطة بمبرر مشروع.

٤- حق الوسيط في عدم عزله دون مبرر قانوني.

٥- حق الوسيط في الأتعاب والمصاريف والتعويض.

---

(٨٧) الخنين ،الصلح ودوره في تقليص الدعاوى القضائية، مجلة العدل، العدد٤٦، ص ٣٢٤، د/ أحمد شوقي محمد، شرح قانون العمل الجديد والتأمينات الاجتماعية، منشأة المعارف، بالإسكندرية، عام ٢٠٠٨، ص٤٥٦.

(٨٨) المادة السادسة من قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاتها بوزارة العدل.

(٨٩) د/ خيري عبد الفتاح السيد، الوساطة كوسيلة بديلة لفض المنازعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص١٣٣.

المطلب الثالث: مراحل الوساطة المنتهية بالصلح

يجوز لأي من طرفي النزاع أن يطلب الوســاطة في أي وقت، ويجوز بدؤها في أي وقــت وإنهاؤها في أي وقت، بمعنى أنه يكون لأطراف النــزاع الحرية في اختيار وقت وبدايــة ونهاية إجراءات الوســاطة، فلا يوجد أي قيد على حريــة الأطراف في تحديد بداية الوساطة أو في تحديد نهايتها(٩٠).

وتمر عملية الوساطة المنتهية بالصلح بعددٍ من المراحل وهي:

المرحلة الأولى: جلسة تمهيدية:

يقوم الوسيط فيها بالتعريف بنفسه، والطلب من الخصوم التعريف بأنفسهم، وبيان أهمية الوساطة، وشرح إجراءاتها، وشرح دوره كوسيط، والتأكيد على حياديته لكسب ثقة الأطراف والتأكيد على مبدأ سرية الوساطة، والتأكيد على آداب الحوار(٩١).

وفي هذه الجلســة "يقوم المصــلح بتدوين وقائع المصالحة في الضّبط، ويذكر تاريخ وساعة افتتاح كل جلسة، ورقم القيد وتاريخه، واسم المصلح، وأسماء طالبي الصّلح، أو وكلائهم، ثمّ يوقّع عليه المصــلح ومن ذكرت أسماؤهم فيه، وإذا لم يكن المصلح من منسوبي الوزارة فيذكر قرار التّكليف وتاريخه الصّادر من صاحب الصّلاحيّة"(٩٢).

ويجب أن تكون الوقائع المراد الصّــلح عليها أثناء المصالحة متعلّقةً بالدّعوى، جائزاً قبولها شرعاً ونظاماً(٩٣).

---

(٩٠) د/ منيرة عبد الله البشاري، فض المنازعات التجارية، جامعة القاهرة، عام ٢٠٠٣، ص٣٧٢.

(٩١) د/ عمـر مشهـور حديثه الجازي، الوساطة كوسيلة لتسوية منازعـات الملكية الفكرية، جامعة اليرموك، الأردن، عام ٢٠٠٤، ص٩.

(٩٢) المادة الثانية والعشرون من قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاتها بوزارة العدل.

(٩٣) المادة الثالثة والعشرون من قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاتها بوزارة العدل.

المرحلة الثانية: الجلسة المشتركة:

وفي هذه الجلسة يطلب الوسـيط من طرفي النزاع بدءاً بالطرف المدعي أن يعرض مطالبه وحججه بشكل واضح ومن ثم يطلب من المدعى عليه أن يعرض دفاعه وحججه، وفي هذه المرحلة يحق للوسـيط توجيه أية ملاحظات استفهامية لأي من طرفي النزاع حسب مقتضى الحال(٩٤).

وجلسات المصـالحة سرّيّةٌ، إلا إذا رغب الطرفان أن تكون علنيّةً، ويعاملا على قدم المسـاواة، وتهيّأ لكلٍّ منهما الفرصـة الكاملة والمتكافئة لعرض رأيه في الموضـوع محلّ المصالحة(٩٥).

المرحلة الثالثة: الاجتماعات المغلقة أو المنفردة:

وفي هذه المرحلة ينفرد الوسيط بطرفي النزاع كل على حده بهدف معرفة المزيد من المعلومات حول ماهية النزاع والبحث في احتمالات التسـوية حيث يستمع الوسيط إلى وجهة نظـر كل من طرفي النزاع ويتلقى منهم العروضـ والمطالب المطروحة لحل النزاع وهنا قد يسـتنتج الوسـيط إذا كان هناك مصالح خاصـة لأي من طرفي النزاع تساعد في تسوية النزاع ويتم أخذها بعين الاعتبار لإنهاء النزاع .

وللمصـلح (الوسـيط) في جلسـة المصـالحة أن يتناقش مع الأطراف مجتمعين أو منفرديـن وله أن يتشـاور معهم في موضـوع النزاع أو أن يطلب مـن أي منهم تقديم معلومات إضـافية وان يتخذ ما يراه مناسبا لتقريب وجهات النظر بما يساعد على إنجاز المصالحة(٩٦).

(٩٤) د/ عمر مشهور حديثه الجازي، الوساطة كوسيلة لتسوية منازعات الملكية الفكرية، المرجع السابق، ص١٠.

(٩٥) المادة الخامسة والعشرين من قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاتها بوزارة العدل.

(٩٦)) المادة الرابعة والعشرين من قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاتها بوزارة العدل.

وفي هذه المرحلة يقوم الوسيط بتقييم المراكز القانونية لطرفي النزاع، وعرض وجهة نظره في الأدلة المقدمة من حيث تقييمها وبيان مدى إنتاجيتها، وبحث جميع الجوانب المتعلقة بالنزاع مع كل طرف على حدة، ويقوم الوسيط أيضاً في هذه المرحلة بتنظيم عملية تبادل العروض والمقترحات وتقريب وجهات النظر بين طرفي النزاع توصلاً إلى تسوية نهائية للنزاع .

و يجوز للمصلح (الوسيط) عقد عدة جلسات للمصالحة، على ألا يزيد عدد الجلسات عن ثلاث جلسات فإن تجاوزها وجب إحالة المعاملة للمحكمة المختصة، ما لم يطلب طرفي المصالحة إبقاءها واستمرار عقد الجلسات[٩٧].

المرحلة الرابعة: مرحلة التسوية والاتفاق على الصلح: وفي هذه المرحلة يخلص طرفا النزاع إلى تسوية مرضية بعد أن قام الوسيط بتقريب وجهتي نظرهما حول موضوع النزاع، وتحقق هذه التسوية مصالح طرفي النزاع، وحينئذ يتم تحرير اتفاق بالصلح ويسمى (إعلاماً) ويتم التوقيع عليه من الوسيط وطرفي الصلح .

ويصدر مكتب المصالحة إعلاماً حاويًّا لخلاصة طلب المصالحة والجواب و ما تمّ عليه الصّلح، ويوقّع من المصلح ويختم عليه بختم مكتب المصالحة، ويحال للمحكمة المختصّة أو القاضي المكلّف للتّصديق عليه[٩٨].

(٩٧)) المادة الثامنة عشرة من قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاتها بوزارة العدل.

(٩٨)) المادة السابعة والعشرون من قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاتها بوزارة العدل.

المبحث الرابع
الآثار المترتبة على الوساطة المنتهية بالصلح

نتناول في هذا المبحث آثار الوساطة على موضوع النزاع، ثم أثرها على طرفي النزاع، ثم القيمة القانونية لاتفاقية الوساطة، وذلك بتخصيص مطلب مستقل لكل منها على النحو التالي:

المطلب الأول: آثار الوساطة على موضوع النزاع

يعد الصلح من أنجع الوسائل وأحسنها لتسوية النزاع وإنهاء الخلاف بين المتنازعين في الحقوق، وقد وصفه الله تعالى بأنه خير لما يترتب عليه من مصالح جمّة.

إن مفتاح نجاح الوساطة هو رغبة الأطراف في تسوية النزاع، فحق البدء بالوساطة يكون لطرفي النزاع أو ممثليهما، فالوسيط لا يستطيع فرض الحل على طرفي النزاع بل لابد أن يحظى الحل الذي يقترحه الوسيط بموافقتهما(٩٩).

وتوصية الوساطة لا تتمتع بأية قوة إلزامية ما لم يتم الاتفاق على قبولها، والتوقيع عليها. وفي حالة عدم قبولها فإن الأثر القانوني لعملية الوساطة يظل معنوياً استشارياً لا يتمتع بأية صفة قضائية أو غير قضائية(١٠٠).

وبعد نجاح عملية الوساطة، ولكي تكون وساطة منتهية بالصلح، فإن هذا الاتفاق لا يحوز القوة التنفيذية، إلا بإخضاعه لتصديق القاضي أو توثيق الموثق حتى يمنح القوة التنفيذية، ويمكن لطرفي النزاع أن يطلبا من القاضي المختص بنظر النزاع المصادقة

(٩٩) د/ جاك الحكيم، الأساليب البديلة للتسوية، المرجع السابق، ص١١١.

(١٠٠) د/ إبراهيم نجار، الأساليب البديلة لتسوية المنازعات في قانون العقود اللبناني، ندوة القانون المقارن، دمشق، ١٩٩٦، ص١٧٨.

علـى الاتفاق الذي تم التوصـل إليـه من خلال عملية الوسـاطة، وتضـفي عليه تلك المصادقة القوة التنفيذية[١٠١].

وتنتهي عملية الوسـاطة بتوصـية تحمل مقترحات الوسـيط بشـأن تسوية موضوع النزاع بين طرفيه، وتحرير محضر اتفاق (محضر صلح) بذلك والتوقيع عليه، ومن ثم المصـادقة عليه من المحكمة المختصة وبذلك يكون موضوع النزاع قد تم حله بالوساطة المنتهية بالصـلح، أما إذا امتنع أحد طرفي النزاع أو كلاهما عن التوقيع على التوصـية فإن هذا الامتناع يؤدي إلى فشـل عملية الوسـاطة، وبالتالي تكون مجرد وسـاطة غير منتهية بالصلح.

وعقد الصـلح أو "إعلام الصـلح" المتفق عليه الذي يكون التنفيذ بموجبه يجب أن يذيل بالصـيغة التنفيذية، ولا يسـلم إلا للطرف الذي له المصلحة في تنفيذه، ويجوز إعطاء نسخ من الإعلام لكل ذي مصلحة[١٠٢].

وجميع الإعلامات الصّـادرة من مكاتب المصـالحة مكتسـبةٌ القطعيّة بعد المصـادقة عليها من المحكمة، أو القاضـي المكلّف بالتّصـديق، وغير خاضعةٍ للاستئناف، ويطبّق في الاعتراضـ عليها ما ورد في طرق الاعتراض على سـندات التّنفيـذ[١٠٣]. ومتى تم الصلح بين المتداعيين انقطعت الخصومة والمنازعة بينهما فلا تسمع دعواهما بعد ذلك، لحصول البراءة من الدعوى.

(١٠١) د/ فادي محمد أحمد، مجالس وآليات تفعيل الصلح، جامعة المنصورة، عام ٢٠٠٦، ص٣٧٢.
(١٠٢) المادة التاسعة والعشرين من قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاتها بوزارة العدل.
(١٠٣) المادة الثانية والثلاثين من قواعد العمل في مكاتب المصالحة وإجراءاتها بوزارة العدل.

المطلب الثاني: آثار الوساطة على طرفي النزاع

اتفاق الوساطة سواء أكان شرطاً أم مشارطة، كأي عقد ملزم للجانبين يرتب أثرين مهمين في ذمة طرفيه أولهما: يتمثل في التزام عاقديه بعرض النزاع على الوساطة، (الأثر الإيجابي)، وأما الثاني: فيتمثل في حرمان أطراف العقد من عرض النزاع موضوع الاتفاق على القضاء (الأثر السلبي).

وإذا رفع أحد طرفي النزاع دعوى أمام المحكمة رغم وجود اتفاق الوساطة، سواء كان شرطاً أو مشارطة، يستطيع المدعى عليه الدفع بوجود الاتفاق على الوساطة، وهو دفع بعدم قبول الدعوى، وسواء أكان ذلك قبل أو أثناء عرض النزاع على الوساطة، كما أن للمدعى عليه الذي يدفع بموضوع الاتفاق على الوساطة أن يطلب من المحكمة المختصة بنظر النزاع وقف سير الخصومة القضائية لحين انتهاء إجراءات عملية الوساطة[١٠٤].

ومن الآثار المترتبة على الصلح[١٠٥]:

من المصالح والآثار المترتبة على الوساطة المنتهية بالصلح:

أولاً: قطع النزاع والاختلاف بين المتنازعين بحصول كل واحد من المتنازعين على جزء مما يدعي انه حقه وتنازله عن الجزء المقابل.

ثانياً: براءة الذمة من احتمال أن يكون احد الخصمين غير محق في دعواه فإذا تم حصول كل طرف على بعض مما يدعي انه حقه ويرى انه محق في دعواه فقد برئت ذمته.

(١٠٤) د/ فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص٢٢٦.
(١٠٥)الخنين ، الصلح ودوره في تقليص الدعاوى القضائية، مجلة العدل ،العدد46، ص 327.

ثالثاً: افتداء الأيمان بالصلح فقد أمرنا الله سبحانه وتعالى بحفظ الأيمان فقال سبحانه: ﴿وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ﴾المائدة: ٨٩.

رابعاً: ضمان الحصول على بعض الحق محل النزاع والذي هو عرضة لصرف النظر عن الدعوى به.

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للوساطة

يذهب بعض شراح القانون إلى القول بأنه: "يوجد في القانون نوعان من الوساطة القانونية، هما الوساطة الموضوعية، والوساطة الإجرائية. فالوساطة الموضوعية هي تلك التي ينظمها القانون الموضوعي، ويرتب بالتالي عليها آثاراً موضوعية، وهي قيام شخص ثالث بمعاونة الأطراف في تحديد عنصر يؤدي فقدانه إلى النقص في التصرف القانوني المبرم، مثل تفويض شخص ثالث في عقد بيع في تحديد ثمن المبيع ، ونظام الوساطة الموضوعية هو بطبيعته نظام جوازي أي نظام اختياري[١٠٦].

والوساطة الإجرائية هي تلك التي ينظمها القانون الإجرائي ويرتب عليها آثاراً إجرائية ونظام هذه الوساطة باعتباره نظاماً إجرائياً فهو نظام وجوبي لا جوازي، أي نظام إلزامي لا اختياري، وذلك سواء بالنسبة للمتنازعين أو بالنسبة للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع [١٠٧].

ونظام الوساطة الإجرائية بكافة صورها، سواء كانت الوساطة لازمة في منازعة مدنية أو تجارية أو إدارية أو عمالية أو أسرية، وسواء أكانت الوساطة لازمة قبل رفع

(١٠٦) د/ خيري عبد الفتاح السيد، الوساطة كوسيلة بديلة لفض المنازعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص٥٤.
(١٠٧) د/ أحمد محمد حشيش، نحو فكرة عامة للوساطة الإجرائية باعتبارها عوناً للقضاء، مرجع سابق، ص٤ وما بعدها.

الدعوى أو أثناء نظر الدعوى، فهو نظام إجرائي، وهذا النظام يستند أساساً إلى مبدأ الاقتصاد في الإجراءات . وأنظمة الوساطة الإجرائية بصورها المختلفة، إذ تستند إلى مبدأ الاقتصاد في الإجراءات فهي تستند في الوقت نفسه إلى مبدأ ضرورة تحقيق العدالة للمتقاضين، والوساطة الإجرائية إنما هي من أعوان القضاء.

الخاتمة

أولاً: النتائج:

تناول الباحث هذا البحث في أربعة مباحث: تحدث في الأول منه عن مفهوم الوساطة المنتهية بالصلح وتنظيمها في المملكة العربية السعودية وتعرضت فيه لتعريف الوساطة المنتهية بالصلح وتأصيلها الفقهي، ثم تنظيمها في المملكة العربية السعودية، وفي المبحث الثانيمميزات الوساطة المنتهية بالصلح، والتميز بينها وبين النظم القانونية المشابهة لها،وتعرضت فيه لمميزات الوساطة المنتهية بالصلح، ثم التمييز بين الوساطة والنظم القانونية المشابهة لها. وفي المبحث الثالث العناصر الأساسية لعملية الوساطة المنتهية بالصلح وهي: اتفاقية الوساطة، والوسيط، ثم مراحل الوساطة. وفي المبحث الرابع الآثار المترتبة على الوساطة المنتهية بالصلح موضحاً آثار الوساطة على موضوع النزاع، وآثار الوساطة على طرفي النزاع، والطبيعة (النظامية) القانونية للوساطة.

ثانياً: التوصيات:

توصلت لعددٍ من التوصيات هي:

١-إعداد كوادر مؤهلة من الوسطاء من ذوي الخبرة والكفاءة لممارسة مهمة الوساطة

التي تساهم في تقليص عدد القضايا المنظورة أمام المحاكم. وهذا يتطلب إعداد قوائم للوسطاء.

٢-نهيب بالمنظم السعودي تبني الوساطة كوسيلة ودية لتسوية المنازعات، إما بإصدار نظام خاص بها، أو بإضافة نصوص في الأنظمة العدلية، لما لها من فوائد جمّة تنعكس إيجاباً على مرفق القضاء.

٣-ضرورة إنشاء مراكز متخصصة لتسوية المنازعات بالوسائل البديلة للقضاء كالوساطة والتحكيم والتسوية الودية، وتكون تابعة لوزارة العدل، أو الغرف التجارية، أو مراكز مهنية متخصصة.

٤-تأسيس دبلوم أكاديمي متخصص لأعمال الوساطة (المصالحة) أو عقد دورات متخصصة لتنمية الكوادر الوطنية من الوسطاء (المصلحين).

٥-إنشاء مركز علمي متخصص في أبحاث الوساطة (المصالحة)، وإصدار ميثاق شرف مهنة الوساطة (المصالحة) تتضمن قواعد وأصول وأخلاقيات ممارستها.



بحث محكم

إعداد د. محمد محمد أحمد سويلم

الأستاذ المساعد بقسم الأنظمة بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بالأحساء

ملخص البحث

بيّن الباحث التالي:

– ماهية عقد العمل بأنه: «عقد مبرم بين صاحب عمل وعامل، يتعهد الأخير بموجبه أن يعمل تحت إدارة صاحب العمل أو إشرافه مقابل أجر»

– مفهوم عقد العمل في الفقه الإسلامي بأنه: «عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم».

– بعض أوجه الاتفاق والاختلاف بين عقد العمل في القانون السعودي وفي الفقه الإسلام، فمن الاتفاق: وجوب معلومية العوض للعاقدين، ومن الاختلاف الإجارة في النظام تكون للأشخاص فقط، أما في الفقه فتشمل الأشخاص والأعيان.

– قسم الفقه الإسلامي الأجير إلى قسمين: أجير خاص وأجير مشترك، وقسم النظام السعودي العامل إلى قسمين: عامل تابع وعامل مستقل.

– من خصائص عقد العمل:

١– عقد ملزم للجانبين.

٢– من عقود المعاوضة.

٣– من عقود المدة (غالباً)

٤– عقد يقوم على الاعتبار الشخصي.

– ميّز البحث بين عقد العمل وغيره من العقود التالية من جهة التعريف وأوجه الاتفاق والاختلاف وغيرها:

١– عقد المقاولة.

٢– عقد البيع.

٣– عقد الشركة.

٤– عقد الوكالة.

٥– عقد الإيجار.

– أن النظام السعودي قد أفرد لنظام العمل نظاما قضائيا خاصا يتمثل في لجان تسوية المنازعات العمالية، وذلك من باب التيسير على العمال وضمان السرعة في الفصل في المنازعات.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الخلق وإمام المرسلين سيدنا محمد النبي الأمي الكريم وعلى آله وأصحابه والتابعين له بإحسان إلى يوم الدين. وبعد:

فقد خلق الله سبحانه وتعالى الحياة وجعل الناس فيها متفاوتين في أرزاقهم وأعمالهم، كل على حسب دوره فيها وقدرته، إذ لو كانوا متساوين في الأرزاق وفي القدرة على العمل، ما أمكن أن تقوم الحياة على وجه الأرض بهذه الصورة، ولبقيت أعمالاً كثيرة لا تجد من يستطيع القيام بها.

ومن هنا فلابد من وجود مستأجر ومؤجر، وخادم ومخدوم، وعامل وصاحب عمل، وحق ومستحق له، قال تعالى: ﴿نَحْنُ قَسَمْنَا بَيْنَهُم مَّعِيشَتَهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ۚ وَرَفَعْنَا بَعْضَهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِّيَتَّخِذَ بَعْضُهُم بَعْضًا سُخْرِيًّا ۗ وَرَحْمَتُ رَبِّكَ خَيْرٌ مِّمَّا يَجْمَعُونَ ﴿٣٢﴾﴾ الزخرف: ٣٢.

والتسخير في الآية الكريمة لا يعني استعلاءً أو ترفعاً؛ لأن هذا معنى سطحي لا يرتفع إلى مستوى القول الإلهي الخالد، وإنما يُقصد به العمل، لأنه حين تسير عجلة الحياة لا مناص من أن يسخر بعض الناس لبعض، وكلهم مسخرون للخلافة في الأرض، بهذا التفاوت في الأعمال والأرزاق[1].

وإذا كانت التشريعات الوضعية المعاصرة قد سعت سعيا حثيثا وحرصت حرصا

(١) الإنهاء غير المشروع لعقد العمل، دراسة مقارنة وفقاً لأحكام قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م، د.عادل عبدالحميد الفجال، ص٤، طبعة منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٥م.

كبيرا على حماية وصيانة الأجراء، اعترافاً بما لهم من فضل، وتقديراً لما يقدمونه من جهد، فإن الشريعة الإسلامية كان لها فضل السبق على كافة التشريعات الوضعية في هذا المجال حيث جعلت من الأجير أولى الناس بالرعاية، وأحقهم بالاهتمام، ولعل أبسط قواعد هذه الرعاية، أن يوفوا أجورهم كاملة وقت ما يفرغون من أعمالهم، وقبل أن يجف عرقهم، يقول المصطفى صلى الله عليه وسلم: "أَعْطُوا الأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ"(٢).

فلقد قرر الرسول صلى الله عليه وسلم أن لهؤلاء أجراً، وأن هذا الأجر لا مماطلة فيه، وإذا كان الأجر المادي هو أوجب المقومات كما جاء في الحديث الشريف، فهو على أهميته أهونها شأناً لدى النفوس المؤمنة، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إِخْوَانُكُمْ خَوَلُكُمْ جَعَلَهُمْ الله تَحْتَ أَيْدِيكُمْ فَمَنْ كَانَ أَخُوهُ تَحْتَ يَدِهِ فَلْيُطْعِمْهُ مِمَّا يَأْكُلُ وَلْيُلْبِسْهُ مِمَّا يَلْبَسُ وَلا تُكَلِّفُوهُمْ مَا يَغْلِبُهُمْ فَإِنْ كَلَّفْتُمُوهُمْ فَأَعِينُوهُمْ"(٣).

وحينئذ لا تصبح قطرات العرق على جبين هؤلاء دليل قسوة أو ذل أو إرهاق، بل هي وسام رفعة وتقدير وشرف وإكبار.

ومن المعلوم أن المجتمع لا يستقيم ولا يكتمل إلا بوجود أفراد يقومون على خدمة أفراد آخرين ويعملون تحت سلطانهم فهناك العامل وهناك رب العمل، ومن أجل ذلك شرع الإسلام من الأحكام ما ينظم علاقات الناس في تعاملهم، فوضع الحلول لكل

(٢) سنن ابن ماجه ٨١٧/٢، كتاب الرهون، باب أجر الأجراء، حديث رقم ٢٤٤٣، ط المكتبة العلمية بيروت (لبنان)، سنن البيهقي الكبرى ١٢٠/٦، كتاب الإجارة، باب لا تجوز الإجارة حتى تكون معلومة وتكون الأجرة معلومة، ط دار الفكر (بيروت) وهذا الحديث إسناده حسن، ينظر: مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب أجر الأجراء ٢٥٩/٢ ط. دار الكتب العلمية.

(٣) صحيح البخاري ١٦٨/٣، كتاب العتق، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم العبيد إخوانكم فأطعموهم مما تأكلون، رقم ٢٥٤٥، ط. دار الفكر، صحيح مسلم ١٠٣٩/٣ كتاب الأيمان، باب إطعام مما يأكل وإلباسه مما يلبس ولا يكلفه ما يغلبه، رقم ١٦٦١، ط. دار ابن حزم بيروت- لبنان.

معضلة وكل مشكلة يمكن أن تحدث بينهم، بل إنه كفل مصالح المسلمين في هذا التعامل بتشريعه لأقضية لم تحدث، ووقائع فرضية لم تقع ، وصدق الله إذ يقول: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ تِبْيَٰنًا لِّكُلِّ شَىْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ ﴿٨٩﴾﴾ النحل: ٨٩.

أسباب اختيار الموضوع وأهميته:

لقد اخترت أن يكون موضوع هذا البحث هو: "طبيعة عقد العمل في النظام السعودي وتمييزه عن غيره من العقود. "ومن الأسباب التي دفعتني إلى اختيار هذا الموضوع أهميته العملية، حيث إن القضايا المتعلقة بعقد العمل اليوم من أكثر القضايا عدداً بين المتخاصمين أمام المحاكم، فما أن يقوم عقد العمل بين الطرفين حتى سرعان ما يدب الخلاف بينهما غالباً، حول الأجرة مثلاً أو المدة أو طبيعة العمل..... وخلافه، وهذا ما يستدعي إظهار القواعد والضوابط التي تحكم عقد العمل وتميزه عن غيره من العقود الأخرى في النظام السعودي، مع المقارنة بالنظام المصري وبعض أحكام محكمة النقض المصرية عند الحاجة لذلك".

وتكمن أهمية موضوع طبيعة عقد العمل وتميزه عن غيره من العقود في الآتي:

أولاً: أن عقد العمل من العقود الحيوية والتي تمثل ركيزة أساسية لكافة الدول.

ثانيًا: أن الوقوف على طبيعة عقد العمل من أهم الموضوعات التي تخص حياة العامل، لأن العامل مسئول في الغالب عن أسرة تعيش على ما يتحصل عليه من مال نظير عمله، ومسألة معرفته بطبيعة عقد العمل الذي يربطه برب العمل وما لها من ضوابط أمر في غاية الأهمية ؛ لأن الضرر الذي يقع نتيجة الإخلال بعقد العمل لا يضر العامل وحده بل يضر أسرته المسئول عنها أيضاً.

ثالثاً: إن الدول في الوقت الحاضر أصبحت تتبارى فيما بينها على تهيئة المناخ المناسب

للعامل حتى يستطيع أن ينتج، وأصبح تقدم الشعوب يقاس بما تقدمه أنظمة الدول وقوانينها من ضمانات للعمال.

رابعاً: ما تشهده المملكة العربية السعودية في هذه الفترة الزمنية من كونها من أكبر الدول العربية الجاذبة للعمالة من مختلف الجنسيات، وهو الأمر الذي يستدعي وضع الضوابط المناسبة التي تنظم علاقة العامل برب العمل.

المبحث الأول
ماهية عقد العمل في النظام السعودي

للوقوف على مفهوم عقد العمل في النظام السعودي فإن ذلك يستلزم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول
ماهية عقد العمل في النظام السعودي

لقد ورد تعريف عقد العمل في (المادة الخمسون) من نظام العمل السعودي(٤) بأنه: "عقد مبرم بين صاحب عمل وعامل، يتعهد الأخير بموجبه أن يعمل تحت إدارة صاحب العمل أو إشرافه مقابل أجر"(٥).

(٤) الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥١ وتاريخ ٢٣-٨-١٤٢٦هـ بالموافقة على قرار مجلس الوزراء رقم (٢١٩) وتاريخ ٢٢-٨-١٤٢٦هـ، وتعميم وزير العدل رقم ١٣/ت/٣٤٢٣، وتاريخ ١٤٢٩/٧/٢٣هـ.

(٥) وقد قررت اللجنة العليا لتسوية الخلافات العمالية بوزارة العمل السعودية في قرارها رقم ٩٠٠/ ٤٢٤ وتاريخ: ١٤٢٤/٦/٤هـ، (إن عقد العمل هو الرابطة العقدية بين العامل وصاحب العمل، حيث يوضح فيه شكل العلاقة وبالذات مدة العقد. والنظام وضع لعقد العمل من حيث المدة عقداً محدد المدة وعقداً غير محدد المدة)، راجع قرارات اللجنة العليا لتسوية الخلافات العمالية بوزارة العمل السعودية لعام ١٤٢٤هـ بخصوص نظر استئناف قرار اللجنة الابتدائية لتسوية الخلافات العمالية في جدة رقم ٨٧٨، وتاريخ ١٤٢٣/٩/٧هـ.

كما عرفته المادة ٦٧٤ من القانون المدني المصري بأنه "العقد الذي يتعهد بمقتضاه أحد طرفيه بأن يعمل في خدمة الطرف الآخر، وتحت إدارته وإشرافه، مقابل أجر يتعهد بدفعه الطرف الآخر"[(٦)]، وعرفته –أيضاً – (المادة ٣١ من قانون العمل المصري الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م) بأنه "العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل بأن يعمل لدى صاحب العمل، وتحت إداراته أو إشرافه لقاء أجر". [(٧)]

وبمطالعة النصوص السابقة، نجد أنها وإن اختلفت ألفاظها في تعريفها لعقد العمل، إلا أنها تصب في معنى واحد، ألا وهو أن عقد العمل إنما هو اتفاق يقصد به قيام شخص بأداء عمل لحساب آخر، وتحت إدارته وإشرافه لقاء أجر معين.

ولقد جاءت المادة الثانية من نظام العمل السعودي مشتملة على تعريف بعض المصطلحات التي اشتمل عليها تعريف عقد العمل في النصوص السابقة ومنها:

أ) صاحب العمل: كل شخص طبيعي أو اعتباري يشغّل عاملاً أو أكثر مقابل أجر.

ب) العامل: كل شخص طبيعي يعمل لمصلحة صاحب عمل وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر، ولو كان بعيداً عن نظارته.

ج) العمل: الجهد المبذول في النشاطات الإنسانية كافة، تنفيذاً لعقد عمل (مكتوب أو غير مكتوب) بصرف النظر عن طبيعتها أو نوعها، صناعية كانت أو تجارية، أو

---

(٦) شرح قانون العمل، د. عبد الرازق حسن فرج، ف ٤٨ص٦٥ ط ١٩٧٦/١٩٧٧م، دار الاتحاد العربي للتجارة والنشر والتوزيع، أصول قانون العمل "عقد العمل الفردي"، د.حسن كيره، ف ٧٠ ص١٤٧ ط ٣ سنة ١٩٧٩م منشأة المعارف بالإسكندرية، شرح قانون العمل، د.عبد الودود يحيى، ف٣١ ص٥٩، دار النهضة العربية ١٩٨٩م، شرح قانون العمل، د. محمد لبيب شنب، ف ٦٦ ص ٩١ ط ٤ لسنة ١٩٨٧م، دار النهضة العربية.

(٧) وقد قضت محكمة النقض بأن عقد العمل هو: (العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل، بأن يعمل تحت إدارة صاحب عمل أو إشرافه، مقابل أجر وتحديد نطاق العقد منوط بما اتجهت إليه إرادة عاقديه، وما يعتبر من مستلزماته وفقاً للقوانين المكملة والمفسرة والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام) نقض مدني في الطعن رقم ٩٩، ٣١٠ سنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٤/٣/٥م.

زراعية، أو فنية، أو غيرها، عضلية كانت أو ذهنية.

د) الأجر الأساسي: كل ما يعطى للعامل مقابل عمله، بموجب عقد عمل مكتوب أو غير مكتوب، مهما كان نوع الأجر أو طريقة أدائه، مضافاً إليه العلاوات الدورية(٨).

وبالنظر في تعريف عقد العمل الذي جاء في (المادة ٥٠ من نظام العمل الجديد) نجد أن هذا التعريف إنما يمتاز بدقة عبارته، وحسن صياغته، واشتماله على العناصر الأساسية الثلاثة لعقد العمل وهي: العمل، والتبعية، والأجر(٩).

عناصر عقد العمل:

أ) العمل: "وهو محل التزام أحد المتعاقدين".

ب) الأجر: "وهو محل التزام المتعاقد الآخر".

جـ) التبعية: "وتتمثل في خضوع العامل لرقابة وإشراف صاحب العمل".(١٠)

المطلب الثاني
مفهوم عقد العمل في الفقه الإسلامي

وبخصوص مفهوم عقد العمل في الفقه الإسلامي فهو لا يعدو أن يكون عقد إجارة للأشخاص مما يستدعي تعريف عقد الإجارة عند فقهاء الإسلام فيما يلي:

أولاً: تعريف الإجارة في اللغة.

الإجارة في اللغة - بكسر الهمزة – على المشهور مصدر من أجر إجارة، ويقال

(٨) وقد عرّف التشريع المصري الأجر بأنه: (كل ما يحصل عليه العامل لقاء عمل ثابت كان أو متغير نقداً كان أو عينياً) راجع: شرح قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م في ضوء اللائحة التنفيذية والقرارات الوزارية، المستشار، أحمد محي الدين، الطبعة السابعة ٢٠٠٤ م صـ٥٦ دار البراءة للنشر والتوزيع.

(٩) الوسيط في شرح نظام العمل السعودي، د. نزار عبد الرحمن الكيالي، ص ٧١ – ٧٢ ط١ الدار السعودية للنشر.

(١٠) د. عبد الرازق حسن فرج، مرجع سابق، صـ ٦٨، د.حسن كيره، مرجع سابق، ١/ ١١٧ - ١١٨.

أيضاً آجر – بالمد – إيجاراً.(١١)

وحكى الرافعي ضـمها، وقال صاحب المحكم هي بالضم اسم للمأخوذ، مشتقة من الأجر، وهو عوض العمل، ونقل عن ثعلب الفتح، فهي مثلثة الهمزة، وفي تكملة البحر للعلامة عبد القادر الطوري لو قال الإيجار لكان أولى، لأن الذي يعرف هو الإيجار الذي هو بيع المنافع، لا الإجارة التي هي الأجرة(١٢).

ثانياً: تعريف الإيجار في الفقه الإسلامي.

للفقهاء تعريفات كثيرة لعقد العمل "عقد إجارة الأشخاص" تختلف في عباراتها نوردها على النحو التالي:

أولاً: عرفها الحنفية بعدة تعريفات منها:

"عقد على المنفعة بعوض هو مال"(١٣) أو "عقد على المنافع بعوض"(١٤).

ثانياً: عرفها المالكية بتعريفات منها:

"تمليك منافع شيء مباح مدة معلومة بعوض"(١٥) أو هي "عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض بما يدل على تمليك المنفعة"(١٦).

غير أن المالكية سموا العقد على منافع الآدمي وما ينقل غير السفن والحيوان إجارة، والعقد على منافع ما لا ينقل كالأرض والدور، وما ينقل من سفينة وحيوان كالرواحل كراء في الغالب فيهما(١٧).

(١١) المصباح المنير، لأحمد بن محمد علي المقري الفيومي، ٥/١، المكتبة العلمية بدون تاريخ.
(١٢) حاشية رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين، ٣/٦، الطبعة الثانية، الحلبي، سنة ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦م.
(١٣) المبسوط، للإمام شمس الدين السرخسي ٧٤/١٥، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
(١٤) الفتاوى الهندية، للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ٤٠٩/٤، الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٦م دار إحياء التراث.
(١٥) الشرح الكبير، للدردير ٢/٤، ط الحلبي البابي القاهرة.
(١٦) الشرح الصغير، للإمام الدردير ٦./٤ ، ٧ ، طبعة دار المعارف بمصر.
(١٧) الشرح الكبير، للدردير ٢/٤.

ثالثاً: عرفها الشافعية بتعريفات منها:

"عقد على منفعة مقصودة معلومة، قابلة للبذل والإباحة، بعوض معلوم"(١٨).

أو "تمليك منفعة بعوض بالشروط الآتية منها: علم عوضها، وقبولها للبذل والإباحة"(١٩).

وقد ذكر فقهاء الشافعية هذين القيدين للاحتراز بالأول "علم العوض" يخرج المساقاة والجعالة على عمل مجهول، وبالثاني "قبولها للبذل والإباحة" يخرج منفعة البضع، لأن الزوج لم يملكها وإنما ملك الانتفاع بها فقط(٢٠).

رابعاً: عرفها الحنابلة بتعريفات كثيرة منها:

"عقد على منفعة مباحة معلومة، من عين معينة أو موصوفة في الذمة، مدة معلومة أو عمل معلوم، بعوض معلوم"(٢١).

أو "عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً مدة معلومة من عين معلومة"(٢٢)

الترجيح:

بالنظر في التعريفات السابقة يتضح لي ما يأتي:

أولاً: إن تعريف المالكية غير مانع؛ لأنه لم يشترط أن يكون العوض معلوماً، فيمكن أن يندرج فيه عوض المساقاة وهي ليست إجارة.

---

(١٨) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، للشيخ محمد الخطيب الشربيني ٣٣٢/٢، طبعة دار الفكر، شرح روض الطالب من أسنى المطالب، لأبي يحيى زكريا الأنصاري، ٤٠٣/٢، طبعة المكتبة الإسلامية.

(١٩) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد ابن حمزة بن شهاب الدين الرملي، ٢٦١/٥، الطبعة الأخيرة سنة ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٧ م ط الحلبي بالقاهرة.

(٢٠) المرجع السابق، نفس الموضع.

(٢١) الروض المربع بشرح زاد المستقنع، للشيخ منصور بن يونس البهوتي ص٢٧٠، ط عالم الكتب بيروت.

(٢٢) كشاف القناع على متن الإقناع، للشيخ منصور بن يونس البهوتي، ٥٤٦/٣، ط، عالم الكتب بيروت سنة ١٤٠٣ هـ – ١٩٨٣م.

ثانياً: تعريف الحنفية غير مانع أيضاً، لأنه لم يشترط مدة معلومة في الإجارة، كما لم يشترط الحنفية في تعريفهم للإجارة فوق هذا معلومية الأجر، مع أن الإجارة بيع في المعنى فوجب أن تكون الأجرة معلومة كالثمن في البيع .

ثالثاً: أما تعريف الشافعية للإجارة بأنها "عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم"(٢٣) فهو تعريف مانع جامع لكل أفراد المعرف، لأنه اشترط في المعقود عليه الإباحة، كما اشترط أن تكون المنفعة مقصودة وقابلة للبذل، وأن تكون المدة معلومة والعوض معلوماً، حتى ينتفي الغرر والجهالة .

وأما تعريف الحنابلة، فهو قريب من تعريف الشافعية، إلا أنه لم يشترط في المنفعة أن تكون مقصودة، وعلى ذلك فيمكن أن يدخل تحته الإجارة التي تقع على منفعة غير مقصودة كإجارة تفاحة لشمها فقط .

ولذلك أرى أن تعريف الشافعية للإجارة هو أقرب التعريفات لبيان حقيقة الإجارة، حيث إنه تلافى النقد الذي وجه إلى بقية التعريفات في المذاهب الأخرى (٢٤) .

المطلب الثالث

المقارنة بين عقد العمل في النظام السعودي والفقه الإسلامي

بعد عرض تعريف عقد العمل في النظام السعودي والفقه الإسلامي، نجد أن هذه التعريفات لا تختلف فيما بينها كثيراً.

ففقهاء الإسلام وضعوا الأساس وشيُدوا القواعد والأبنية، وجاء النظام ليستنبط

(٢٣) مغني المحتاج ، مرجع سابق، ٢ / ٣٣٢.

(٢٤) اختلاف العاقدين وأثره في عقد الإيجار دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د.محمد عبد المقصود حسن داود، رسالة ماجستير صـ ٩ وما بعدها ط ١٤١٣ هـ ١٩٩٣م، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة.

من هذه الأســس، فلقد ظهر لي مما سبق عرضــه من تعريفات الفقهاء لعقد الإجارة ما يلي:

١- أوجه الاتفاق:

أولاً: إن الفقهــاء يطلقون لفظ الإجارة على إجارة الأشــخاص وإجارة الأشــياء ولم يفرق الفقهاء بين إجارة الإنسان وغيره إلا فقهاء المالكية، فإنهم أطلقوا على العقد على منافع الآدمي وما ينقل من غير الســفن والحيوان إجــارة، والعقد على منافع ما لا ينقل كالأرض والدور، وما ينقل من سفينة وحيوان كِراء[٢٥] أي أنهم استعملوا اسم الإجارة وما اشــتق منها في اســتئجار الإنسان، واســم الكراء، وما اشتق في استئجار غيره من الحيوان والأشياء.

بينما نجد أن النظام قصر أحكام عقد العمل على إجارة الإنسان.

ثانياً: كذلك نجد أن نظام العمل السعودي يتفق مع نظرة الفقه الإسلامي من وجوب أن يكون العوض معلوماً للعاقدين.

وأياً كانت التسمية في الشريعة الإسلامية أو النظام السعودي فالمقصود هو الإجارة الواردة على عمل الإنسان "أي إجارة الأشخاص".

وأري أنه لا مانع من اســتعمال اصــطلاح نظام العمل إذا كان يضــفي إنســانية أكثر للعامل خاصــة، وأنه ورد ذكره في أكثر من موضــع في القرآن الكريم منها قوله تعالى: ﴿وَسَيَرَى ٱللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُۥ﴾التوبة: ٩٤، وقوله تعالى: ﴿أَنِّي لَآ أُضِيعُ عَمَلَ عَٰمِلٍ مِّنكُم﴾آل عمران: ١٩٥، وقوله تعالى: ﴿لِيَأْكُلُواْ مِن ثَمَرِهِۦ وَمَا عَمِلَتْهُ أَيْدِيهِمْ أَفَلَا يَشْكُرُونَ ﴿٣٥﴾﴾يس: ٣٥.

ووردت كلمة عامل في الحديث الشريف للرســول صــلى الله عليه وسلم: (العَامِلُ

(٢٥) الشرح الصغير للدردير، هامش بلغة السالك للصاوي، طبعة عيسى البابى الحلبي، ط الأخيرة ١٣٧٢هـ ١٩٥٢م، ٢٦/٣، حاشية الدسوقي لابن عرفة الدسوقي، ط دار الفكر بيروت تحقيق / محمد عليش، ٢/٤.

عَلَى الصَّدَقَةِ بِالْحَقِّ كَالْغَازِي فِي سَبِيلِ اللَّهِ حَتَّى يَرْجِعَ إِلَى بَيْتِهِ).[٢٦]

٢- أوجه الاختلاف:

أولاً: أن النظام لم يوضح أو يبين ما إذا كانت المنفعة مشروعة أم لا،[٢٧] بخلاف تعاريف المذاهب الفقهية التي اشترطوا فيها أن تكون المنفعة مباحة ومشروعة.

ثانياً: أن نظام العمل السعودي قصر أحكامه على إيجار الأشخاص بحيث تطبق أحكامه على العمال فقط دون الأعيان، سواء كانت دوراً أو مساكناً معدة للسكن أو أرضاً زراعية.

أما الفقه الإسلامي فإن عقد الإيجار فيه يشمل إجارة الأعيان والأشخاص، حيث أعطى كل عقد تتوافر فيه هذه الأركان "الصيغة – العاقدين (المؤجر والمستأجر) – المعقود عليه (المنفعة) – الأجر" تسميته الإجارة سواء كان العقد يقع على إجارة الأعيان أو يقع على إجارة الأشخاص والذمة.

وليس معنى تقسيم الإجارة إلى إجارة أعيان وإجارة أشخاص أن القواعد التي تنطبق عليهم واحدة، بل هي تختلف بالنسبة لكل عقد سواء كان محله إيجار منفعة ناتجة من العين أو إيجار منفعة ناتجة عن عمل الأجير، وأساس هذا الاختلاف في تطبيق النصوص يرجع إلى اختلاف طبيعة المنفعة الناتجة عن كل عقد على حده.

---

(٢٦) سنن الترمذي ص ١٩٣، كتاب الزكاة، باب ما جاء في العامل على الصدقة بالحق، رقم ٦٤٥، ط دار إحياء التراث العربي، قال أبو عيسى - هذا حديث حسن صحيح، سنن أبي داود ١٣٢/٣، كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في السعاية على الصدقة، رقم ٢٩٣٦، ط دار إحياء السنة النبوية.

(٢٧) راجع المادة ٥٠ من نظام العمل السعودي.

ولكن هذا لايضر، ولايعتبر تقصيراً من المنظم، لأن المفترض من المنفعة في أي عقد يتم في المملكة العربية السعودية، أن تكون مباحة ومشروعة، ولو لم ينص على ذلك، وقد جاء في المادة الأولى والمادة السابعة من النظام الأساسي للحكم بأن دستور المملكة العربية السعودية هو الإسلام، وأن الحكم يستمد سلطته من الكتاب والسنة، وهما الحاكمان على جميع أنظمة الدولة.

ثالثاً: قسم الفقه الإســلامي الأجير إلى قسمين: أجير خاص أو منفرد وأجير مشترك أو عام.

والأجير الخاص: هو الشخص الذي يستأجر مدة معلومة[٢٨] ليعمل فيها لدى شخص واحد مدة معينة، يستأثر خلالها المستأجر بمنفعته ولا يجوز للأجير الخاص أن يعمل لدى الغير خلال تلك المدة مثل البناء[٢٩].

أما الأجير المشترك: هو الذي يعمل لأكثر من واحد، فيشتركون جميعاً في نفعه[٣٠] كالخياط والكّواء، وليس لمن استأجره أن يمنعه من العمل لغيره، بل يحق له أن يتقبل أعمالاً لاثنين أو ثلاثة وأكثر في وقت واحد.

أما النظام فقد قسّم العامل الأجير إلى نوعين من خلال تقسيم العمل، إلى نوعين أيضاً: عمل مستقل يخضع لأحكام خاصة، وعمل خاضع أو تابع.

ومن خلال ذلك التقسيم يمكن تقسيم العامل إلى نوعين: عامل مستقل، وعامل تابع.

فالعامل المستقل: هو العامل الذي يمارس عمله بصفة مستقلة عن صاحب العمل،

(٢٨) يقول السرخسي: (الْأَجِيرُ الْخَاصُّ الَّذِي اسْتَأْجَرَهُ مُشَاهَرَةً أَوْ مُسَانَهَةً): راجع المبسوط للسرخسي، طبعة دار المعرفة بيروت ١٤١٤هـ- ١٩٩٣م، ١٢/٢١٨، وقال الْكَرْخِيُّ: (الْأَجِيرُ الْخَاصُّ مَنْ اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ بِالْوَقْتِ دُونَ الْعَمَلِ وَذَلِكَ كَرَجُلٍ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَخْدُمَهُ شَهْرًا بِخَمْسَةِ دَرَاهِمَ أَوْ كُلَّ شَهْرٍ بِخَمْسَةِ دَرَاهِمَ أَوْ لِيُقَصِّرَ مَعَهُ أَوْ لِيَخِيطَ مَعَهُ أَوْ لِيَعْمَلَ عَمَلًا مِنْ الْأَعْمَالِ سَمَّاهُ كُلَّ شَهْرٍ بِكَذَا كَذَا أَوْ كُلَّ يَوْمٍ بِكَذَا أَوْ كُلَّ سَنَةٍ بِكَذَا أَوْ كَذَا فَهَذَا هُوَ الْخَاصُّ) ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ، لعثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي، والحاشية: لشهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشِّلْبِيُّ، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٣١٣هـ، ٥/١٣٤.

(٢٩) يقول السُّغْدي: (الْأَجِير الْخَاص فَهُوَ الَّذِي يعْمل لَك وَحدك دون غَيْرك وَيُقَال لَهُ اجير الوحد): راجع: النتف في الفتاوى، لأبي الحسن علي بن الحسين بن محمد السُّغْدي، حنفي (المتوفى: ٤٦١هـ) تحقيق: المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي، الناشر: دار الفرقان، مؤسسة الرسالة - عمان الأردن / بيروت لبنان، الطبعة: الثانية، ١٤٠٤ – ١٩٨٤م، ٢/٥٦١.

(٣٠) يقول البهوتي: (ويسمى الأجير المشترك) لأنه يتقبل أعمالا لجماعة فتكون منفعته مشتركة بينهم (وهو) أي الأجير المشترك (من قدر نفعه بالعمل) بخلاف الأجير الخاص فنفعه مقدر بالزمن) ينظر: كشاف القناع، للبهوتي، مرجع سابق، ٤/١١.

ولا يخضع له بعلاقة التبعية، وبالتالي يستطيع قبول أداء أكثر من عمل واحد فيشترك أصحاب الأعمال في نفعه، كما أنه لا يخضع لقانون العمل، مثل الطبيب والمحامي الذي يتولى قضية في مكتبه.

العامل التابع: هو العامل الذي يخضع لسلطة وتوجيه وإشراف من يتم العمل لحسابه، ولا يستطيع أداء أكثر من عمل واحد إلا بموافقة صاحب العمل، وبالتالي يخضع هذا العامل لرابطة التبعية القانونية لصاحب العمل، وقد يستتبع التبعية النظامية تبعية تنظيمية وهذا هو المقصود بنص المادة ٥٠ من نظام العمل السعودي.

وخلاصة القول:

العامل المستقل في النظام يقابل الأجير المشترك في الفقه الإسلامي، والعامل التابع في النظام يقابل الأجير الخاص في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني

خصائص عقد العمل[٣١]

بالنظر في نص المادة ٥٠ من نظام العمل السعودي نستطيع أن نستخلص عدة خصائص جوهرية لعقد العمل نوضحها فيما يلي:

أولاً: أنه عقد ملزم للجانبين:

فعقد العمل يرتب التزامات متبادلة على عاتق كل من طرفيه (العامل ورب العمل)، حيث يلتزم العامل بأداء العمل، ويلتزم صاحب العمل بدفع الأجر للعامل[٣٢]، وكون

(٣١) الإنهاء التعسفي لعقد العمل في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي دراسة مقارنة، د. حسن محمد سيد أحمد، رسالة دكتوراه- جامعة الأزهر – كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، ص ٩ ط.. ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧م.

(٣٢) الوسيط في شرح أحكام قانون العمل، د. رأفت محمد أحمد حماد، صـ ٥٩ ، الناشر دار النهضة العربية ٢٠٠١م.

عقد العمل ملزم للجانبين يتفق مع نظرة الفقه الإسلامي حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الإجارة من العقود اللازمة التي تلزم كلاً من العاقدين المؤجر والمستأجر، إذا كانت صحيحة وخالية عن خيار الشرط والرؤية والعيب، واستوفت شرائط الانعقاد الملزمة لكلا العاقدين بأن كانا بالغين، عاقلين، حرّين، رشيدين، مالكين للمعقود عليه، مثلها في اللزوم مثل البيع والسلم والحوالة والتولية والمرابحة والوضيعة والتشريك والصلح(٣٣).

وقد جاء في المغني: "وَالْإِجَارَةُ عَقْدٌ لَازِمٌ مِنْ الطَّرَفَيْنِ، لَيْسَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسْخُهَا. وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ" (٣٤).

ثانياً : أنه عقد من عقود المعاوضة:

حيث يحصل كل طرف من أطراف عقد العمل على مقابل لما يعطي، ومن ثم فهو من عقود المعاوضة، فالعامل يقدم العمل ويحصل على الأجر، وصاحب العمل يقدم الأجر ويستفيد من العمل، وبالتالي إذا انعدم المقابل، فلا يكون هناك عقد عمل أصلاً(٣٥).

فالعبرة إذاً بوجود العمل الذي يقوم به العامل نظير الأجر الذي يتقاضاه، فعقد العمل يدور إذاً مع العمل "الذي يقوم به العامل" والأجر "الذي يتقاضاه العامل من صاحب العمل" فهو يدور معهما وجوداً وعدماً، فإذا ما وجدا وجد

(٣٣)ينظر: بدائع الصنائع، للكاسانى، ٢٠١/٤، ط. دار الكتاب العربي بيروت، بداية المجتهد، لابن رشد، ٢٥٧/٢، ط. دار الفكر بيروت، الفروق، للإمام شهاب الدين أبى العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجى المشهور بالقرافي، ١٣/٤، الفرق ٢٠٩ ، ط. عالم الكتب ببيروت، المجموع، شرح المهذب لأبي ذكريا محي الدين بن شرف النووي، ٩/١٥، دار الفكر، كشاف القناع، للبهوتي، مرجع سابق، ٢٣/٤.

(٣٤)المغني، لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، ٣٣٢/٥، مكتبة القاهرة، تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ – ١٩٦٨م.

(٣٥)قانون العمل "ملحق به مشروع قانون العمل الموحد"، د. السيد عيد نايل، ص٨٦، الناشر دار النهضة العربية ١٩٩٨م، وشرح قانون العمل اللبناني، د.محمد لبيب شنب، ص٦٦ ج ١، لسنة ١٩٦٩م المكتب الشرقي للنشر والتوزيع.

عقد العمل وإلا فلا[٣٦].

ومسألة اعتبار عقد العمل من عقود المعاوضة يتفق مع نظرة الفقه الإسلامي لعقد إجارة الأشخاص لأن الإجارة في الفقه الإسلامي هي معاوضة من الجانبين، فكلا من طرفي العقد يأخذ مقابلاً لما يلتزم به وشقي المعاوضة هما المنفعة والأجرة، فالمؤجر يمّكن المستأجر من المنفعة في مقابل التزام الأخير بدفع الأجرة، والمستأجر يلتزم بدفع الأجرة في مقابل تمكينه من المنفعة، فالأجرة في مقابلة المنفعة كالثمن يكون في مقابلة المبيع فتأخذ حكمه، فكل ما جاز ثمناً في البيع جاز أن يكون أجرة في الإجارة، لأن الإجارة نوع من البيوع لأنها تمليك من كل واحد منهما لصاحبه[٣٧].

وحكم الإجارة هو ثبوت الملك في البدلين، أي ثبوت الملك في المنفعة للمستأجر وثبوت الملك في الأجرة للمؤجر؛ لأنها عقد معاوضة إذ هي بيع المنافع[٣٨].

ثالثاً: أنه عقد من عقود المدة في أغلب الأحوال:

الأصل في عقد العمل أن يكون لمدة من الزمان معينة أو غير معينة، بحيث يكون الزمن في عقد العمل عنصراً ضرورياً لقياس العمل.

وهذا ما نصت علية المادة ٣٧ من نظام العمل السعودي بقولها: (يجب أن يكون عقد عمل غير السعودي مكتوباً ومحدد المدة. وإذا خلا العقد من بيان مدته تعد مدة رخصة العمل هي مدة العقد).

(٣٦) قانون العمل، د. عصام أنور سليم، ط٢ لسنة ٢٠٠٢م، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، صـ ٣٠٥، وشرح قانون العمل، د.السيد محمد السيد عمران، صـ٢٠٠، ط. دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ٢٠٠٨م، وقانون العمل، د. إسماعيل غانم، صـ١٠٤ وما بعدها، مكتبة عبد الله وهبة ١٩٦١م.

(٣٧) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدى، لأبى الحسن على بن أبى بكر بن عبد الجليل الرشدانى المشهور بالمرغيناني، ٢٣١/٣، الطبعة الأخيرة، مصطفي البابي الحلبي القاهرة بدون تاريخ، والمجموع شرح المهذب، مرجع سابق، ٩/١٥.

(٣٨) بدائع الصنائع، للكاساني، مرجع سابق، جـ٤ص٢٠١.

كما نصــت المادة ٥٥ / ١ من نظام العمل السعودي على: (ينتهي عقد العمل المحدد المدة بانقضــاء مدته، فإذا اســتمر طرفاه في تنفيذه عدّ العقــد مجدداً لمدة غير محددة. مع مراعاة ما نصــت عليه المادة (الســابعة والثلاثون) من هذا النظام بالنســبة إلى غير السعوديين)[٣٩].

كما يلتزم صاحب العمل بتقديم الأجر للعامل على أساس مدة عمله، ومن ثم يكون الزمن ضرورياً لتحديد مقدار الأجر.[٤٠]

ولذلك يُعد عقد العمل عقداً زمنياً بحســب الأصل[٤١]، وهذا معنى قول الفقهاء أن المنفعة تستوفي شيئاً فشيئًا أو ساعة فساعة[٤٢].

ولكــن ذلك لا يمنع من كونه عقداً فوريــاً، في بعض الحالات كما لو اتفق المتعاقدان على ضرورة تحقيق نتيجة معينه بصرف النظر عن الزمن الذي ينفق في الوصــول إلى هــذه النتيجة[٤٣]، وهذا ما أكدته المادة ٥٧ من نظام العمل الســعودي بقولها: (إذا كان

(٣٩) وهـذا مـا أكدتـه اللجنـة العليا لتسويـة الخلافات العماليـة في قرارها رقـم ٩٠٠/ ٤٢٤ وتاريـخ: ١٤٢٤/٦/٤هـ، حيث نصـت علـى: (النظـام وضع لعقد العمل من حيث المدة عقداً محدد المدة وعقداً غير محدد المدة ونحن هنا أمام عقد محـدد المـدة والـذي ينتهـي بانتهـاء مدته ما لم يصـرح أحد الطرفـين بالرغبـة بالتجديد مع إعلان رغبة الطرف الآخـر بالموافقـة وعلاقـة العامل هنا بصاحب العمل يربطهـا العقد الموقع بين الطرفين والذي نص فيه بأن العقد لمـدة محـددة وهـي سنتان مما يعني أن لأحد طرفيه بإنهاء العلاقة بعد مضي هذه المدة)، راجع قرارات اللجنة العليا لتسويـة الخلافـات العماليـة بوزارة العمـل السعودية لعام ١٤٢٤هـ بخصوص نظر استئناف قـرار اللجنة الابتدائية لتسوية الخلافات العمالية في جدة رقم ٨٧٨، وتاريخ ١٤٢٣/٩/٧هـ.

(٤٠) قانون العمل ملحق به مشروع قانون العمل الموحد، د. السيد عيد نايل، ص ٨٧ الناشر دار النهضة العربية، ٢٠٠٠-٢٠٠١م.

(٤١) العقـد الزمنـي هـو العقـد الذي يكون الزمن فيه عنصـراً جوهرياً، بحيث يكـون الزمن هو المقياس الذي يقدر به الالتزامـات المتقابلـة فيـه، أما العقد الفوري فهو العقد الذي لا يكون الزمن عنصـراً جوهرياً فيه. راجع: عقد المدة أو العقـد المستمـر أو الـدوري التنفيذ، د. عبد الحي حجازي، مطبعـة جامعة فؤاد الأول: القاهرة، ١٩٥٠م، صـ١٥ وما بعدها.

(٤٢) الهداية للمرغيناني، مرجع سابق، ٣/ ٢٣١، ٢٣٣ .

(٤٣) د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، صـ٩٢ هامش (١).

العقد من أجل القيام بعمل معين، فإنه ينتهي بإنجاز العمل المتفق عليه).

رابعاً: أنه من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي من جهة العامل.

عقد العمل من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي بمعنى أن شخصية العامل محل اعتبار لدى صاحب العمل عند إبرام العقد لما قد يتمتع به العامل من مهارة وخبرة ودراية تكون هي الدافع للتعاقد ومحل اعتبار رب العمل عند توقيع العقد[٤٤].

وبناءً عليه فإن عقد العمل ينقضي بوفاة العامل، وكذلك لا يجوز للعامل أن يقوم بإحلال الغير محله في القيام بالعمل المنوط به دون موافقة صاحب العمل علي ذلك([٤٥])، وهذا ما أكدته المادة ٧٩ من نظام العمل السعودي حيث قررت أن عقد العمل: (... ينتهي بوفاة العامل أو بعجزه عن أداء عمله، وذلك بموجب شهادة طبية معتمدة من الجهات الصحية المخولة أو من الطبيب المخول الذي يعينه صاحب العمل).

خامساً: عقد العمل من العقود الواردة على العمل.

الهدف الرئيسي من إبرام عقد العمل بين العامل وصاحب العمل هو أداء العامل للعمل المتفق عليه في العقد المبرم بينهما، ويتميز العمل الذي يكون محلاً لعقد العمل بأنه عمل تابع يتم تحت إدارة صاحب العمل وإشرافه[٤٦] وهذا ما أكدته المادة ٥ / ١ من نظام العمل السعوي حيث حددت نطاق قانون العمل بأنه يشمل (كل عقد يلتزم بمقتضاه أي شخص بالعمل لمصلحة صاحب عمل وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر).

ويتميز أيضاً العمل محل العقد بأنه عمل مأجور [٤٧] .

---

(٤٤) د.عادل عبدالحميد الفجال، مرجع سابق ص ٩ وما بعدها.

(٤٥) د. رأفت محمد أحمد حماد، مرجع سابق، ص٦٢.

(٤٦) د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق ص٩٢.

(٤٧) د.السيد عيد نايل، مرجع سابق، ص٨٩.

سادساً: عقد العمل عقد رضائي.

ينعقد عقد العمل بمجرد تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين ولا يشترط لتمامه شكل خاص، فمتى تم التعبير عن إرادتين متطابقتين فإن هذا يكفي لانعقاد عقد العمل[٤٨].

ولكي يكون العقد صحيحاً، فإنه يجب أن يكون التراضي صادراً من ذي أهلية[٤٩] وغير مشوب بعيب من عيوب الرضا كالغلط والإكراه والتدليس.

وعلى هذا فلا يصح العقد من المجنون، أو الصبي غير المميز، وعقد العمل المشوب بعيب من عيوب الإرادة يكون قابلاً للإبطال لمصلحة الطرف الذي عيبت إرادته[٥٠].

وقد حرص النظام السعودي على توافر الرضا طوال فترة العقد فنص في المادة ٥٩ من نظام العمل السعودي على أنه: (لا يجوز نقل العامل ذي الأجر الشهري إلى فئة عمال اليومية أو العمال المعينين بالأجر الأسبوعي أو بالقطعة أو بالساعة، إلا إذا وافق العامل على ذلك كتابة، ومع عدم الإخلال بالحقوق التي اكتسبها العامل في المدة التي قضاها بالأجر الشهري، فاشتراط المنظم السعودي لموافقة العامل الكتابية على نقله من فئة إلى فئة هو انتصار لمبدأ التراضي وإعلاء لقيمة الإرادة وحفظ للعامل من تعنت صاحب العمل، وهذا ما قررته صراحة المادة ٦٠ من نظام العمل السعودي بقولها: (...لا يجوز تكليف العامل بعمل يختلف اختلافاً جوهرياً عن العمل المتفق عليه بغير موافقته الكتابية، إلا في حالات الضرورة التي قد تقتضيها ظروف عارضة ولمدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً في السنة).

---

(٤٨) المرجع السابق ٨٨-٨٩.

(٤٩) والأهلية في المملكة تعني بلوغ الشخص ١٨ عام هجرية دون أن يصبه عارض من عوارض الأهلية التي تعدم الأهلية كالجنون والعته، أو العوارض التي تنقص الأهلية كالسفه والغفلة وقد تحدد سن الرشد في المملكة ببلوغ الشخص ١٨ سنة هجرية بموجب قرار مجلس الشورى رقم ١١٤ وتاريخ ٥/ ١١/ ١٣٧٤هـ.

(٥٠) د. رأفت محمد حماد، مرجع سابق ص٦١، د.محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص٦٥.

وهذا المسلك من جانب المنظم السعودي يتفق مع خصائص عقد الإيجار في الفقه من حيث كونه عقد رضائي بل إن التراضي شرط في عقد الإيجار لا يتحقق بدونه، لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾النساء: ٢٩.

وهذا شأن عام في جميع عقود المعاوضات التي منها الإجارة غير أن الرضا هنا لا يكون إلا في موجبات العقد لأنه يشترط أن يكون محل العقد غير منهي عنه، فإذا منع الشارع التعامل في شئ كان العقد باطلاً[٥١] حتى لو تراضى الأطراف على ذلك لأن الذي يخضع لرضا الطرفين وإرادتهما هو موجبات العقد وليس أحكامه، حيث يجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد على كل منهما،[٥٢] دون مخالفة لأحكام الفقه الإسلامي، وهذا المسلك الفقهي في التفريق بين موجبات العقد وأحكامه مما ينفرد به هذا الفقه لإبتناء الأحكام الشرعية على الحلال والحرام، وما يترتب على ذلك من آثار وأحكام فقهية.

ونستخلص من ذلك أن التراضي المطلوب لانعقاد العقد هو التراضي الخاص بالتزامات كلا من الطرفين، كالتراضي على مقدار المقابل الذي يعطيه كلا منهم لصاحبه وغيرها من الالتزامات التي يرتبها العقد على عاتق طرفية، ولا يمتد التراضي ليصحح ما حرمه الشرع، فحتى لو حدث تراضي من الطرفين ولكن كان موضوع التراضي لا يقره الشرع فلا عبرة به، ولذا فإن التراضي ينتج أثره متى ما وافق أحكام الشريعة والأنظمة الصادرة من ولي الأمر ولا تخالف الشريعة.

وعلى ذلك فإن أحكام الإيجار في الفقه الإسلامي، لا تخضع لمبدأ التراضي وليست

(٥١) مغني المحتاج، للشربيني، مرجع سابق، ٢/٣٣٧.
(٥٢) المبسوط، للإمام السرخسي، مرجع سابق، ١٢/٢٠٣.

مكملة لإرادة العاقدين كما هو الأصل في القانون، ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها كقاعدة عامة إلا في دائرة الشروط التي يجوز شرعاً لكل من المتعاقدين اشتراطها على الآخر(٥٣).

سابعاً: الاختصاص القضائي لعقد العمل:

يتميز عقد العمل عن غيره من العقود بأن المنازعات التي تنشأ بين أطرافه لها بعض الخصوصية في الفصل فيها، بحيث تُميّز عقد العمل عن غيره من العقود، ويرجع ذلك إلى أن نظام العمل السعودي(٥٤) قد أشار في الباب الرابع عشر إلى هيئة تسوية الخلافات العمالية والتي تضم وفقا لنص المادة ٢١٠ من النظام:

(١- الهيئات الابتدائية لتسوية الخلافات. ٢- الهيئة العليا لتسوية الخلافات).

وقد حدد نظام العمل السعودي اختصاصات كل هيئة من الهيئتين السابقتين فنص في المادة ٢١٤ على اختصاصات الهيئة الابتدائية لتسوية الخلافات وهي كالتالي:

١- بالفصل نهائياً في الآتي:

١ / ١- الخلافات العمالية، أياً كان نوعها، التي لا تتجاوز قيمتها عشرة آلاف ريال.

١ / ٢- الاعتراض على الجزاء الذي يوقعه صاحب العمل على العامل.

١ / ٣- فرض العقوبات المنصوص عليها في هذا النظام على المخالفة التي لا تتجاوز عقوبتها المقررة خمسة آلاف ريال، وعلى المخالفات التي لا تتجاوز عقوباتها المقررة في مجموعها خمسة آلاف ريال.

٢- بالفصل ابتدائياً في الآتي :

٢ / ١- الخلافات العمالية التي تتجاوز قيمتها عشرة آلاف ريال.

---

(٥٣) شرح أحكام الإجارة، د.عبد الناصر العطار صـ ١٢، ط. القاهرة الحديثة للطباعة، سنة ١٩٧٠م.

(٥٤) الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥١ وتاريخ ٢٣-٨-١٤٢٦هـ سبقت الإشارة إليه.

٢ / ٢- خلافات التعويض عن إصابات العمل، مهما بلغت قيمة التعويض.

٢ / ٣- خلافات الفصل عن العمل.

٢ / ٤- فرض العقوبات المنصوص عليها في هذا النظام على المخالفة التي تتجاوز عقوبتها المقررة خمسة آلاف ريال، وعلى المخالفات التي تتجاوز عقوباتها المقررة في مجموعها خمسة آلاف ريال.

٢ / ٥- فرض العقوبات على المخالفات المعاقب عليها بالغرامة مع عقوبة تبعية.

ويجوز استئناف القرارات الابتدائية وتكون مدة الاستئناف ثلاثون يوماً من تاريخ النطق بقرار الدائرة الابتدائية في القرارات الحضورية، ومن تاريخ التبليغ بالقرار في غيرها، (المادة ٢١٧ من نظام العمل السعودي).

وبخصوص اللجنة العليا لتسوية الخلافات فهي تشكل من عدة دوائر لا تقل الدائرة الواحدة عن ثلاثة أعضاء، ويصدر قرار من مجلس الوزراء - بناءً على ترشيح الوزير - بتسمية رئيس الهيئة وأعضائها من حملة الإجازة في الشريعة والحقوق ممن لديهم الخبرة في مجال الخلافات العمالية، ويحدد عدد دوائر الهيئة العليا ومناطق عملها بقرار من الوزير بناءً على اقتراح رئيس الهيئة، ويتولى رئيس الهيئة اختيار رؤساء الدوائر وتوزيع العمل بينها والإشراف على جميع ما يتعلق بأعمالها الإدارية (المادة ٢١٥ من نظام العمل السعودي).

وتكون قرارات الهيئة العليا نهائية وبالدرجة القطعية، في جميع قرارات دوائر الهيئات الابتدائية التي ترفع للاستئناف أمامها (م ٢١٦).

ويستطيع العامل أو رب العمل اللجوء إلى هيئات تسوية النزاعات من خلال رفع الدعاوى عن طريق مكتب العمل المختص أمام الهيئات الابتدائية، التي يقع مكان

العمل في مقرها، أو في دائرة اختصاصها. وعلى مكتب العمل - قبل إحالة النزاع إلى الهيئة - اتخاذ الإجراءات اللازمة لتسوية النزاع ودياً. (المادة ٢٢٠ من نظام العمل السعودي).

المبحث الثالث
تمييز عقد العمل عن غيره من العقود التي تشتبه به

يختلط عقد العمل ببعض العقود التي قد تشتبه به، كالمقاولة والبيع والشركة والوكالة والإيجار، غير أن عنصر التبعية القانونية يبدد ويشتت هذا الخلط، ويساعد على فتح باب التفرقة على مصرعيه بين عقد العمل وغيره من العقود التي قد تشتبه به، ولهذه التفرقة أهمية عملية كبيرة مرجعها ما يتميز به النظام القانوني للعامل من رعاية له وما يفرضه من أعباء على رب العمل يحاول كثير من أرباب الأعمال التخلص منها، بأن يصفو العقود التي تربطهم بعمالهم بوصف آخر، فلنعرض فيما يلي للتفرقة بين عقد العمل وكل من العقود المشار إليها:

أولاً: عقد العمل وعقد المقاولة.

نصت المادة الثانية من نظام المحكمة التجارية[٥٥] على مجموعة من الأعمال التجارية والتي لا تعتبر تجارية إلا إذا وقعت على وجه المقاولة، فقررت: "د. وجميع المقاولات المتعلقة بإنشاء مبان ونحوها متى كان المقاول متعهدا بتوريد المؤن والأدوات اللازمة لها".

وقد استقر الرأي في المملكة على أن أعمال المقاولة تضم سبعة أنواع وهي: مقاولة

(٥٥) الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٣٢ في ١٥ محرم عام ١٣٥٠هـ.

الصناعة، ومقاولة إنشاء المباني، ومقاولة التوريد، ومقاولة محلات ومكاتب الأعمال، ومقاولة الوكالة بالعمولة، ومقاولة البيع بالمزاد، ومقاولة النقل(٥٦).

ويمكن تعريف عقد المقاولة بأنه: اتفاق بمقتضاه يتعهد أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو أن يؤدى عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"(٥٧).

كما عرف الفقه القانوني المقاولة بأنها "عقد يقصد به أن يقوم الشخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر، دون أن يخضع لإشرافه وإدارته"(٥٨).

ووفقا لهذا المعنى فإن عقد المقاولة يعتبر من أكثر العقود شبهاً واختلاطاً بعقد العمل نظراً للتقارب الكبير في عناصرهما.

ويقترب عقد المقاولة في بعض صوره مع عقد الإستصناع في الفقه الإسلامي ولذا فسوف نتعرض لمفهوم عقد الإستصناع ثم نبين بعد ذلك أوجه الاتفاق والاختلاف بين عقد المقاولة (الإستصناع) وعقد العمل.

التعريف بعقد الإستصناع:

تعريفه لغة: طلب الصنعة، والصنعة : عمل الصانع في صنعته أي حرفته، كما جاء في المصباح المنير ومختار الصحاح(٥٩).

---

(٥٦) راجع تفصيل ذلك: القانون التجاري السعودي، د.محمد حسن الجبر، الطبعة الرابعة ١٤١٧هـ ١٩٩٦م، مكتبة الملك فهد الوطنية، بند ٤٢ وما بعده.

(٥٧)الوجيز في شرح قانون العمل الجديد، د. على عوض حسن، صـ١٩٠ ، لسنة ١٩٨٢م، دار الثقافة للطباعة والنشر.

(٥٨)شرح أحكام المقاولة، د. محمد لبيب شنب ، ص١١، طبعة ١٩٦٢م، دار النهضة العربية.

(٥٩)المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير ، للعلامة أحمد بن محمد بن على المقرى الفيومى، تحقيق الدكتور: عبد العظيم الشناوى، ط. دار المعارف بدون تاريخ، ص ٢٠٩، مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، الناشر: مكتبة لبنان ناشرون – بيروت، ١٤١٥ – ١٩٩٥، تحقيق: محمود خاطر، ص ٣٧٥.

تعريفــه اصــطلاحاً: طلــب العمل من الصــانع في شــيء مخصــوص علي وجه مخصوص[٦٠].

أو هــو عقد مع صــانع علي عمل شــئ معين في الذمــة[٦١]، أي العقد على شراء ما سيصنعه الصانع ، وتكون العين أو مادة الصنعة والعمل من الصانع ، فإذا كان العين من المستصــنع لا من الصانع ، فإن العقد يكون إجارة لا استصناعاً، وبعض الفقهاء يقول، إن المعقود عليه هو العمل فقط ؛ لأن الإستصناع طلب الصنع وهو العمل[٦٢].

فالإستصــناع عقد على مبيع في الذمة مطلوب عمله، فهو طلب عمل شــيء خاص على وجه مخصوص، ومادته من الصانع وينعقد على العين لا على عمل الصانع[٦٣].

١ – أوجه الاتفاق:

أ) في كل من العقدين يلتزم أحد طرفيه بأن يعمل أو يقدم نتاج عمله للآخر.

ب) وفي كل منهما يكون العمل بمقابل.

ج) أن كلاً من العقدين يكون محلاً للإلزام والالتزام.

٢ – أوجه الاختلاف:

نظراً للتشــابه الســابق ذكره بــين العقدين، فإنه يكــون للتفرقة بينهمــا أهمية عملية كبيرة[٦٤].

(٦٠)حاشــية رد المحتــار لابن عابدين، مرجع سابق، ٢٢١/٤، البحــر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، ١٨٥/٦، ط الكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية - بدون تاريخ.

(٦١)مجلة الأحكام العدلية مادة / ١٢٤ ، حاشية رد المحتار، مرجع سابق ٢٢٣/٥.

(٦٢)بدائع الصنائع، مرجع سابق، ٢٠٩/٥ وما بعدها.

(٦٣)مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، محمد قدري باشا ص ١٠٤ ، ط ١٣٣٨هـ- المكتبة المصرية.

(٦٤)شرح قانون العمل، د. عبد العزيز المرسى، ص ١٥٠ الطبعة الثانية ١٩٩٤م ، مطبعة حمادة بقوسنا، المنوفية.

أ ـ من حيث التبعية:

إن العامل في عقد العمل يُعد تابعاً لصاحب العمل، أما المقاول أو الصانع فلا يعتبر تابعاً لصاحب العمل(٦٥).

هذا وقد استقر الفقه والقضاء بصدد معيار التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاولة (الإستصناع) على الأخذ بمعيار التبعية، إذ يتميز عقد العمل عن المقاولة برابطة التبعية التي تقوم بين العامل ورب العمل، والتي تتمثل في الإشراف والتوجيه من رب العمل للعامل، والتزام العامل بتعليماته وتنفيذها، وإلا حق لرب العمل توقيع الجزاء عليه، بينما تنعدم هذه التبعية في عقد المقاولة الذي يحتفظ المقاول فيه باستقلاله في إدارة العمل(٦٦).

ب ـ من حيث الحماية النظامية:

إن النظام قد وضع قواعد نظامية لحماية الأجور، وهذه القواعد تنطبق على أجور العمال، ولكنها لا تنطبق على أجور المقاولين.(٦٧) وهذا ما أكدته المادة ٩٢ من نظام العمل حيث نصت صراحة على: (لا يجوز حسم أي مبلغ من أجور العامل لقاء حقوق خاصة دون موافقة خطية منه، إلا في الحالات الآتية....) فقد وضعت هذه المادة ضابطا عاما وهو عدم جواز خصم أي مستحقات خاصة على العامل إلا في حالات استثنائية،

---

(٦٥) وقد قررت محكمة النقض المصرية أن الفارق الوحيد بين عقد العمل والمقاولة هو وجود الإدارة والإشراف في العقد الأول، وانعدامه في العقد الثاني، ينظر: نقض مدني ١٩٦٢/٣/٢١م، الموسوعة القضائية في منازعات العمل، د.عصمت الهواري، ط ١٩٦٤م، صـ٤٥، كما قضت محكمة النقض بأن عقد العمل يتميز بخصيصتين أساسيتين هما التبعية والأجر، وبتوافرهما تقوم علاقة العمل، ينظر: نقض مدني ١٩٧٥/١٢/٢٨م، د. أنور طلبة، مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة النقض، ط ١٩٩١م، صـ١٧١٤.

(٦٦) د. رأفت محمد حماد، مرجع سابق، صـ٦٩.

(٦٧) الوجيز في شرح قانون العمل المصري، القانون ١٣٧ لسنة ١٩٨١م مقارنة بالفقه الإسلامي، د. محمد رفعت الصباحي، صـ ٧٠ وما بعدها ط ١٩٩٥م، كلية الحقوق جامعة طنطا.

وحتى في هذه الحالات أوجبت عدم زيادة نسبة الخصم عن ٥٠٪ من الراتب فنصت في المادة ٩٣ على: (لا يجوز - في جميع الأحوال - أن تزيد نسبة المبالغ المحسومة على نصف أجر العامل المستحق)[٦٨].

ج ـ من حيث المدة أو الانتهاء:

يخضع إنهاء عقد العمل لأحكام خاصة بإنهائه لا تسرى على عقد المقاولة، وقد أورد النظام السعودي إنهاء عقد العمل في المواد من ٧٤ إلى ٨٣ من نظام العمل وهذا يدل دلالة واضحة على حرص نظام العمل السعودي على تفصيل وبيان كل ما يتعلق بإنهاء عقد العمل السعودي وتفرده بأحكام خاصة تميزه عن العقود الأخرى التي تتشابه معه.

د ـ من حيث اعتبار شخصية العامل:

ففي عقد العمل تكون شخصية العامل دائماً محل اعتبار عند التعاقد في حين أن شخصية المقاول لا تعتبر بحسب الأصل محل اعتبار عند إبرام عقد المقاولة[٦٩]، ولعل أبلغ دليل على أن شخصية العامل تكون محل اعتبار في عقد العمل ما قررته نصوص نظام العمل السعودي بأن عقد العمل لا يتأثر بوفاة صاحب العمل لأنه في الحقيقة ليس محل اعتبار ولكن إذا ما توفى العامل نفسه فهنا ينتهي العقد لأن العامل دائما

(٦٨) كما استقر العمل في لجان تسوية المنازعات العمالية على رعاية أجور العمال، حيث قررت اللجنة العليا لتسوية الخلافات العمالية في قرارها رقم ١٦٣٠ وتاريخ: ١٤٢٤/١١/١١هـ، بشأن نظر استئناف قرار اللجنة الابتدائية لتسوية الخلافات العمالية في جدة رقم ١١١٢ وتاريخ ١٤٢٣/١٢/٢٩هـ، والذي يقضي بإلزام رب العمل بدفع مبلغ مالي للعامل يتمثل في: مقابل نقل كفالة، ورواتب متأخرة، ونهاية خدمة وبدل تذاكر وغيرها، وجاء في حيثيات حكمها ما يلي: (أن هناك علاقة عمالية قائمة بين الطرفين منذ نقل الكفالة ولاستحقاق المدعي فيما يطالب به لقاء بقية رواتبه طبقاً للمادة ١١٦ من نظام العمل وذلك لإقرار صاحب العمل بذلك. أما بالنسبة لمطالبة المدعي بحقوقه النظامية عن مكافأة نهاية خدمة وبدل الإجازة فإنه يستحقها بموجب النظام).

(٦٩) د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، صـ ٣٩ هامش (١)، د. حسن كيره، مرجع سابق، ١/١٣١، د. إسماعيل غانم، مرجع سابق، صـ ١١٩.

يكون محل اعتبار وهذا ظاهر في نص المادة ٧٩ من نظام العمل السعودي والتي نصت على: "لا ينقضي عقد العمل بوفاة صاحب العمل، ما لم تكن شخصيته قد روعيت في إبرام العقد ولكنه ينتهي بوفاة العامل أو بعجزه عن أداء عمله، وذلك بموجب شهادة طبية معتمدة من الجهات الصحية المخولة أو من الطبيب المخول الذي يعينه صاحب العمل".

ثانياً: عقد العمل وعقد البيع:

لم يتعرض المنظم السعودي لتعريف عقد البيع صراحة ولكنه تعرض لتعريف البيع بالتقسيط في المادة الأولى من نظام البيع بالتقسيط حيث نص على: (البيع بالتقسيط هو نوع من أنواع البيوع الآجلة، يتفق بموجبه البائع والمشتري على سداد الثمن مجزأ على دفعات).

وعرف الحنفية والشافعية عقد البيع بأنه هُوَ: مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ وَهُوَ أَخْذُ بَدَلٍ وَإِعْطَاءُ بَدَلٍ(٧٠) مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ بِنَقْدٍ(٧١).

وعرفه المالكية بأنه: عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ عَلَى غَيْرِ مَنَافِعَ بِالْمَعْنَى الْأَعَمِّ(٧٢).

وعرفه الحنابلة بأنه: مبادلة مال ولو في الذمة أو منفعة مباحة(٧٣).

والفقه الإسلامي لا يلزم فيه أن يكون المقابل في البيع نقديا، غاية الأمر أن يكون مال سواء كان نقديا أو عينيا ولذا فإن المقايضة تدخل في معنى البيع.

وذلك بخلاف بعض الأنظمة القانونية التي تستوجب أن يكون المقابل نقديا كالنظام

(٧٠) بدائع الصنائع للكاساني، مرجع سابق، ٣٠٦/٥، ونهاية المحتاج للرملي، مرجع سابق، ٣٧٢/٣.
(٧١) تبيين الحقائق للزيلعي، مرجع سابق، ٢٧١/٤.
(٧٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، مرجع سابق، ١٢/٣، ١٣.
(٧٣) الروض المربع للبهوتي، مرجع سابق، ٣٠٤/١.

المصري الذي عرف عقد البيع صراحة في المادة (٤١٨ مدني مصري) بأنه: "عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شيء أو حقاً مالياً في مقابل ثمن نقدي"[٧٤].

ومن خلال هذه التعريفات لعقد البيع نستخلص أوجه الاتفاق والاختلاف بين عقد العمل وعقد البيع .

١–أوجه الاتفاق :

أقرب وجه شبه بينهما:

أـ أن كلاً من العقدين يكون مصدراً للإلزام والالتزام، حيث إن كلاً من عقد العمل وعقد البيع يرتب التزامات على عاتق أطرافه.

ب ـ أنهما من عقود المعاوضات، حيث إن كلاً من الطرفين يأخذ مقابل لما يعطي.

ج ـ المقابل في عقد البيع عند الفقهاء لا بد أن يكون مالا سواء كان نقديا أو غير نقدي وهو بذلك يتفق مع عقد العمل، وهذا ظاهر من خلال نص المادة ٢ من نظام العمل والتي عرفت الأجر الأساسي بأنه: "كل ما يعطى للعامل مقابل عمله، بموجب عقد عمل مكتوب أو غير مكتوب، مهما كان نوع الأجر أو طريقة أدائه، مضافاً إليه العلاوات الدورية." وبالنظر في هذه المادة نجد أنها لم تنص على الأجر النقدي بل شملت كل ما يعطى للعامل مهما كان نوعه نقدي أو عيني.

٢–أوجه الاختلاف :

على الرغم من التشابه السابق ذكره إلا أنهما يختلفا من عدة زوايا :

(٧٤) الوجيز في شرح أحكام عقد البيع، د. عبد الرازق حسن فرج، د.عبد السميع عبد الوهاب أبوالخير، صـ١، طـ١، لسنة ١٩١٦م.

أ ـ أن عقــد البيع إنما هو من عقود التمليك، وهــي تلك العقود التي تكون أداة لنقل الملكية من شــخص إلى آخر، وهذا على خلاف عقد العمــل الذي لا يترتب عليه نقل الملكية.

ب ـ مــن حيث الخضــوع والتبعية: فعقد البيع ليس أحد من أطرافه يخضــع ويتبع الطرف الآخر، فالبائع والمشتري لا يخضع أي منهما لإشراف وإدارة المتعاقد الآخر[٧٥]، وهذا على النقيض في عقد العمل الذي يكون العامل فيه تابعاً وخاضعاً لإدارة وإشراف وتوجيه صــاحب العمــل[٧٦]. وهذا ما أكدته المادة (٥٠) من نظام العمل حيث نصــت بصدد تعريفها لعقد العمل على أنه: "عقد مبرم بين صاحب عمل وعامل، يتعهد الأخير بموجبه أن يعمل تحت إدارة صاحب العمل أو إشرافه مقابل أجر". وهو ما يؤكد ضرورة خضوع العامل لإشراف صاحب العمل وإدارته وتوجيهه " معيار التبعية القانونية ".

ثالثاً: عقد العمل وعقد الشركة.

تنص المادة الأولى من نظام الشركات في المملكة [٧٧] على أن: "الشركة هي: عقد يلتزم بمُقتضاه شخصــان أو أكثر بأن يُساهم كُل مِنهُم في مشروع يستهدف الربح، بتقديم حصــة من مال أو عمل، لاقتِســام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خســارة"، وهذا التعريف مأخوذ من نص "المادة ٥٠٥ من القانون المدني المصري" حيث عرفت الشركة بأنها: "عقد بمقتضــاه يلتزم شخصــان أو أكثر بأن يســاهم كل منهــم في مشــروع مالي بتقديم حصــته من مال، أو عمل لاقتســام ما قد ينشــأ من

(٧٥) د. حسن كيره، مرجع سابق، صـ ١٤٠، د. السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، صـ٢٢٤.
(٧٦) د. إسماعيل غانم، مرجع سابق، فقرة ٦٣ صـ ١٢٣، د. محمد رفعت الصباحي، مرجع سابق، صـ ٦٣ وما بعدها.
(٧٧) صدر نظام الشركات في المملكة بالمرسوم الملكي رقم ٦/٢ بتاريخ ١٣٨٥/٣/٢٣هـ ويحتوي على ٢٣٣ مادة موزعة بين خمسة عشر بابا، ينظر: القانون التجاري السعودي، د.محمد حسن الجبر، مرجع سابق ، ص ١٥٦.

المشروع من ربح أو خسـارة"[٧٨]. وهذا النص مسـتمد من المادة ١٨٣٢ من القانون المدني الفرنسي.

١- أوجه الاتفاق:

عقد العمل قد يشـترك ويختلط بعقد الشركة، وذلك في حالـة ما إذا كان الشريك شريكاً بالعمل، مما يجعل مركزه شـبيهاً بمركز العامل في عقد العمل، أو إذا كان العامل يحصـل في مقابل عمله على نسبة مئوية من أرباح المشروع مما يجعل مركزه شبيهاً مع مركز الشريك[٧٩].

٢- أوجه الاختلاف:

من حيث التبعية، فمعيار التفرقة بين العقدين يكمن أساساً في توافر عنصر التبعية أو عدم توافره، فالعامل في عقد العمل يقوم بعمله تحت إشراف وإدارة صاحب العمل، أما الشريك فإنه لا يخضـع لإشراف أو سـلطة سـائر شركائه، وهذا أمر طبيعي لأن نية المشـاركة وهى جوهر عقد الشركة تقوم على فكرة المسـاواة بـين الشركاء وتتنافر مع تبعية بعضهم لبعض[٨٠].

فهنا يتم التمييز بين العقدين على أساس معيار التبعية القانونية حتى لو توافرت لدى العامل نية المشاركة في الربح بالإضافة إلى أجره[٨١].

(٧٨) د. السيد عيد نايل، مرجع سابق صـ٩٨ ، د.حسن كيره، مرجع سابق، صـ١٤٣.

(٧٩) ينظر في ذلك: أصول قانون العمل، د. حسن كيره، مرجع سابق فقرة ٨٧ صـ١٧٨ وما بعدها.

(٨٠)د. رأفت محمد أحمد حماد، مرجع سابق، صـ ٦٨ ، د. السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، صـ ٢٠٨.

(٨١)د. على عوض حسـن، مرجع سابق، صـ١٩٢، د.إسماعيل غانم، مرجـع سابق، صـ١٢٧، د.محمـد لبيب شنب، مرجع سابـق، صـ٧٢، قانون العمل والتأمينات الاجتماعية د. جمال خليل النشار، جـ١، كلية الشريعة والقانون بدمنهور – جامعة الأزهر، ط ٢٠٠٠م مطبعة الأزهر بدمنهور، صـ٣٥- ٣٦.

رابعاً: عقد العمل وعقد الوكالة.

الوكالة في اللغة :

هي التفويض بالرعاية والحفظ : [٨٢]

وقد تعددت معانيها لغوياً في القرآن الكريم : فتأتي بمعنى التفويض كما في قوله تعالى: ﴿وَأُفَوِّضُ أَمْرِيٓ إِلَى ٱللَّهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ بَصِيرُۢ بِٱلۡعِبَادِ ﴿٤٤﴾﴾غافر: ٤٤.

كما تأتي بمعنى الحفظ والرعاية. كما في قوله تعالى: ﴿فَٱللَّهُ خَيۡرٌ حَٰفِظٗاۖ وَهُوَ أَرۡحَمُ ٱلرَّٰحِمِينَ ﴿٦٤﴾﴾يوسف: ٦٤، وكما في قوله عزّ وجلّ: ﴿حَسۡبُنَا ٱللَّهُ وَنِعۡمَ ٱلۡوَكِيلُ ﴿١٧٣﴾﴾آل عمران: ١٧٣.

وقد تأتي بمعنى الاعتماد، من توكلت على الله، اعتمدت عليه ومنه قوله تعالى: ﴿وَتَوَكَّلۡ عَلَى ٱللَّهِۚ وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ وَكِيلٗا ﴿٨١﴾﴾النساء: ٨١، وقوله سبحانه: ﴿إِنِّي تَوَكَّلۡتُ عَلَى ٱللَّهِ رَبِّي وَرَبِّكُم﴾ هود:٥٦.

ففي هذا كله إشارة إلى أن الوكيل من شأنه أن يرعى ما وكل فيه بأمانة ونظر، وأن يحفظ ما أسند إليه حتى تأتي أعماله وفق مصلحة الموكل.

والوكالة في اصطلاح الفقهاء:

عرفها الحنفية: بأنها: إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم[٨٣].

وعند المالكية هي: نيابة في حق، غير مشروطة بموته ولا إمارة"[٨٤].

وعند الشافعية هي: تفويض شخص لغيره، فيما يفعله حال حياته، مما يقبل النيابة

(٨٢)المصباح المنير، مرجع سابق، ص ٦٧٠.

(٨٣)تكملة فتح القدير، شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضى زادة، ٢/٧. وهى تكملة لفتح القدير للمحقق كمال الدين ابن الهمام. على شرح الهداية لشيخ الإسلام برهان الدين أبى بكر المرغينانى، طبعة دار إحياء التراث العربى.

(٨٤)جواهر الإكليل، للعلامة صالح عبد السميع الآبى الأزهرى، ١٢٥/٢، الحلبى – مصر بدون تاريخ.

شرعاً[٨٥].

وعرف الحنابلة الوكالة بأنها: استنابة جائز التصرف مثله، فيما تدخله النيابة[٨٦].

فالوكالة تفويض أحد الأشخاص أمره لآخر للقيام بتصرف قانوني وإقامته مكانه[٨٧] وقد عرفت المادة ١٨ من نظام المحكمة التجارية السعودي الوكيل بالعمولة وهي أحد أنواع الوكالة بأنه: (هو الذي يتعاطى التجارة بالوصاية والنيابة ويجري معاملاته باسمه أو بعنوان شركة ما لحساب موكله).

١ – أوجه الاتفاق:

يتفق العقدان في الآتي:

أ ـ من حيث الإلزام والالتزام: أن كلاً من العقدين يقوم أحد طرفيه بعمل معين لمصلحة الطرف الآخر.

ب ـ من حيث المقابل: أن العامل في عقد العمل يحصل على أجر مقابل العمل، وكذلك الوكيل في حالات كثيرة يحصل على أجر[٨٨].

ج ـ من حيث الخضوع والتبعية: فالعامل والوكيل يخضعان لإشراف رب العمل والموكل وإن كان الإشراف يتفاوت بين العقدين.

٢ – أوجه الاختلاف:

رغم التشابه السابق ذكره بين العقدين إلا أن عقد العمل يختلف عن الوكالة في

(٨٥) نهاية المحتاج للرملي، مرجع سابق، ١٥/٥، مغنى المحتاج، للخطيب الشربيني، ٢١٧/٢، الحلبى – مصر ١٣٧٧هـ / ١٩٥٨م.

(٨٦) منتهى الإرادات، تقي الدين محمد بن أحمد بن عبد العزيز، المعروف بابن النجار ٤٤٣/١، ط. عالم الكتب بيروت ١٩٩٦م.

(٨٧) د. رأفت محمد حماد، مرجع سابق، ص٦٤.

(٨٨) الأصل أن عقد الوكالة المدنية عقد تبرع، بعكس الوكالة التجارية فالأصل فيها أنها بمقابل يتم الاتفاق عليه بين الطرفين.

الآتي:

أ ـ من حيث الوضع النظامي : نجد أن الوضع النظامي يختلف في كلا العقدين، حيث إن الوضع النظامي لعقد العمل يستهدف حماية العامل أساساً، بينما لا يحظى الوكيل بمثل هذه الحماية(٨٩).

ب ـ من حيث المحل: فمحل عقد العمل هو العمل المادي الذي يؤديه العامل، أما الوكالة فمحلها إجراء التصرف القانوني.

ج ـ من حيث المقابل: فعقد العمل يقوم على مقابل ألا وهو الأجر، وذلك بخلاف الوكالة فإنها في الأصل تقوم على التبرع .

د ـ من حيث طبيعة الأجر: فالأجر في عقد العمل له امتياز خاص حيث يتمتع العامل بامتياز في استيفائه ويظهر ذلك جليا من خلال نص المادة ١٩ من نظام العمل والتي تنص على: "تعد المبالغ المستحقة للعامل أو ورثته بمقتضى هذا النظام ديوناً ممتازة من الدرجة الأولى. وللعامل وورثته في سبيل استيفائها امتياز على جميع أموال صاحب العمل."، وذلك بعكس أجر الوكيل، كما أن أجر العامل لا يجوز الحجز عليه في بعض الأحوال، وهذا بخلاف أجر الوكيل.

هـ ـ من حيث الحماية النظامية : فالعامل يتمتع بحماية نظامية عند انتهاء العقد تفوق تلك التي يقررها النظام للوكيل في حالة عزله، وهذا يبدو واضحا من خلال نص المادة ٦٤ من نظام العمل والتي نصت على: " يلزم صاحب العمل عند انتهاء عقد العمل بما يأتي:

١- أن يعطي العامل - بناءً على طلبه - شهادة خدمة دون مقابل ويوضح فيها تاريخ

(٨٩) د. السيد عيد نايل، مرجع سابق، صـ ٩٤، د. حسن كيره ، مرجع سابق، صـ١٤٦.

التحاقه بالعمل وتاريخ انتهاء علاقته بالعمل الذي كان يؤديه ومهنته ومقدار أجره الأخير. ويجب أن تكون هذه الشهادة مسببة إذا اشتملت على ما قد يسيء إلى سمعة العامل أو يقلل فرص العمل أمامه.

٢- أن يعيد للعامل جميع ما أودعه لديه من شهادات ووثائق.

و- من حيث قواعد إنهاء العقد: حيث إن الوكالة تنتهي بموت الموكل بينما لا ينتهي عقد العمل في الأصل بموت رب العمل حيث تنص المادة ٧٩ من نظام العمل السعودي على: "لا ينقضي عقد العمل بوفاة صاحب العمل، ما لم تكن شخصيته قد روعيت في إبرام العقد ولكنه ينتهي بوفاة العامل أو بعجزه عن أداء عمله، وذلك بموجب شهادة طبية معتمدة من الجهات الصحية المخولة أو من الطبيب المخول الذي يعينه صاحب العمل".

ز- من حيث اللزوم وعدمه: نجد أن عقد العمل عقد لازم، أما عقد الوكالة فهو عقد غير لازم في الأصل لأنه من عقود التبرع(٩٠).

والرأي السائد حول معيار التفرقة والتمييز بين العقدين، هو الأخذ بضابط التبعية كمعيار للتمييز بين عقد العمل وعقد الوكالة، حيث إن رابطة التبعية عنصر جوهري في عقد العمل وليست كذلك في الوكالة(٩١).

خامساً: عقد العمل وعقد الإيجار.

إذا أمعنا النظر في كلا من عقد العمل وعقد الإيجار نجد أن بينهما عموم وخصوص فكل عقد عمل هو عقد إيجار للأشخاص، بينما ليس كل عقد إيجاره هو عقد عمل،

(٩٠) قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، د. محمد حلمي مراد، ط١، لسنة ١٩٦١م، مطبعة نهضة مصر، الفقرات: ٢١٠- ٢١١.

(٩١) د. رأفت محمد حماد، مرجع سابق، صـ ٦٥-٦٦-٦٧ ، د.عادل عبدالحميد الفجال، مرجع سابق، صـ ١٣ وما بعدها.

فهنــاك إيجاره الأعيان والتي يو جد بينهــا وبين عقد العمل فرق كبير، ففرق بين العمل الذي يقــو م به العامل في عقد العمل، وبين الشـــيء العادي الــذي يكون محلاً لعقد الإيجار.

ومع ذلك فما زالت توجد صور يدق فيها أمر التمييز بين عقد العمل وعقد الإيجار، ومــن أهم هذه الصـــور العملية الحالة التي يكون صــاحب العمل فيهــا ملتزم بتوفير مســكن للعامل، فإذا كان للعامل الحق في الانتفاع بالمســكن بالمجان، فلا حاجة تدعوا إلــى القول بــأن ثمة عقدين عقد عمل وعقد إيجار، بل يعتــبر العقد عقد عمل خالص ويكون الانتفاع بالمســكن ميــزة عينية يقدم للعامل ويعتبر جزءً مــن الأجر[٩٢]. أما إذا كان العامل يدفع أجرة في مقابل انتفاعه بالمســكن، فلا مناص من القول بوجود عقدين أحدهما عقد عمل، والآخر عقد إيجار للسكن.

علــى أن الإيجار في هذه الحالة يكــون عقداً تابعاً لعقد العمل، إذ إن صــفة العامل كانت ملحوظة في تخويله حق الانتفاع بالمســكن، وبالتالي ينقضــي هذا الحق بانتهاء عقد العمل.[٩٣]

(٩٢) د. عبد العزيز المرسى، مرجع سابق، صـ ١٥٩-٦٠.

(٩٣) قـد كانـت المـادة الثانيـة من المشروع التمهيدي للقانـون المدني المصري تنص على أن "لا يعتبر ما يلزم به رب العمل للعامـل مـن مـآكل ومسكن ملحقـاً بالأجر المتفق عليه ويزول بزوال الحق في الأجر". ينظـر: أصول قانون العمل، د. حسن كيره، مرجع سابق، صـ ١٤٥ وما بعدها، وقانون العمل، د.إسماعيل غانم ، مرجع سابق، صـ ١٢٤ وما بعدها.

الخاتمة

أستطيع أن استخلص بعد هذا العرض لطبيعة عقد العمل والتمييز بينه وبين غيره من العقود الأخرى بعض النتائج في تركيز شديد وهي كالتالي:

١-إن عقد العمل من العقود الحيوية والذي يمثل ركيزة أساسية لكافة الدول لاسيما في الوقت الحاضر الذي أصبحت فيه جميع الدول تتبارى فيما بينها على تهيئة المناخ المناسب للعامل حتى يستطيع أن ينتج، وأصبح تقدم الشعوب يقاس بما تقدمه أنظمة الدول وقوانينها من ضمانات للعمال.

٢-أن عقد العمل إنما هو اتفاق يقصد به قيام شخص بأداء عمل لحساب آخر، وتحت إدارته وإشرافه لقاء أجر معين، وبذلك فعقد العمل له ثلاثة عناصر وهي: العمل والأجر والتبعية.

٣-أن عقد العمل في الفقه الإسلامي لا يعدو أن يكون نوعا من إجارة الأشخاص ويمكن تعريفه وفقا لما ذهب إليه الشافعية بأنه: "عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم".

٤-أن عقد العمل له مجموعة من الخصائص والصفات التي تميزه عن غيره والتي يمكن إجمالها في:

- أنه عقد ملزم للجانبين (العامل ورب العمل).

- أنه عقد من عقود المعاوضة حيث إن كلا من العامل ورب العمل يحصل على مقابل لما يعطى.

- إن عقد العمل يعتبر من العقود المستمرة أو الزمنية، إذ يُعد الزمن عنصراً أصيلاً في هذا العقد، فبموجبه تقاس التزامات العامل ورب العمل، فإذا استثنيت الحالة التي

يقدر فيها الأجر على أساس العمل، فإن الزمن يُعد ضرورياً لقياس أداء العامل.

- أن عقد العمل يقوم على الاعتبار الشخصي بالنسبة للعامل لأن شخصية العامل فيه محل اعتبار وبالتالي يتأثر العقد بوفاة العامل أو كل ما يطرأ عليه.

- أن عقد العمل هو عقد رضائي يقوم على التراضي بين أطرافه وينصب على العمل.

١-أن عقد العمل يتميز عن غيره من العقود التي قد تتشابه معه مثل عقد المقاولة أو الاستصناع ، أو الشركة أو البيع أو الوكالة والتي يتميز عقد العمل عنها بعنصر التبعية والخضوع لإدارة رب العمل وتوافر الأجر النقدي.

٢-أن النظام السعودي قد أفرد لنظام العمل نظاما قضائيا خاصا يتمثل في لجان تسوية المنازعات العمالية، وذلك من باب التيسير على العمال وضمان السرعة في الفصل في المنازعات، إلى جانب كون هذه اللجان ذات دراية وخبرة في المنازعات التجارية نظرا لتخصصها الدقيق في الفصل فيها.

أَحْكَام الحَضَانَةِ في الفِقْهِ الإسْلامِيْ

بحث محكَّم

إعداد د. أحمد بن صالح البراك
عضو هيئة التدريس بقسم الدراسات الإسلامية بجامعة الأمير سطام بالخرج

ملخص البحث

بيّن الباحث التالي:

– تعريف الحضانة بأنها: الحفظ والمراعاة وتدبير الولد والنظر في مصالحه.

– فرّق بين مصطلح الحضانة وغيره من المصطلحات المشابهة وهي: الولاية والكفالة.

– حكم حضانة الطفل في الأصل واجبٌ عيني.

– إجماع العلماء على تقديم الأم في الحضانة، وتقديم النساء على الرجال فيها، ولكن اختلفوا فيمن بعد الأم على النحو التالي:

١– جعل فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة أمّ الأم أولى بالحضانة، أما فقهاء الشافعية فقد جعلوها لأخت المحضون.

٢– جعل فقهاء الحنفية أم الأب بعد أم الأم في الحضانة، وقدّم فقهاء المالكية والشافعية الجدّة بعد الأم على غيرها، وفقهاء الحنابلة قدموا حضانة الأب على حضانة غيره بعد سقوطها عن أمهات الأم.

٣– قدّم الحنفية والمالكية الخالة على الأب، وقدّم الشافعية الأخت وتلوها بأمهات الأم، في حين أن المالكية أخروا الأخت.

– شروط المستحق للحضانة، وقسّمها البحث إلى ثلاثة أقسام:

الأول: شروط عامة في النساء والرجال هي:

الإسلام، والبلوغ والعقل، والعدالة الظاهرة، والرشد، والقدرة على القيام

بشؤون المحضون، وأمن المكان، وخلو الحاضن من الأمراض.

الثاني: شروط خاصة بالنساء الحاضنات هي:

ألا تكون متزوجة من أجنبي عن المحضون، وأن تكون ذات رحم محرم من المحضون، وألا تمتنع الحضانة عن إرضاع الطفل إذا كان أهلاً للرضاع وكانَ محتاجاً.

الثالث: شروط خاصة بالرجال الحضانين هي:

أن يكون الحاضن محرماً إذا كانت المحضونة أنثى تُشتهى، وأن يكون عنده نساء يُقمن على شؤون المحضون.

– مكان الحضانة هو المسكن الذي يقيم فيه والد المحضون في حال كانت الحضانة للأم، سواء أكانت زوجة أم في عدتها من طلاق، فإن انقضت العدّة، فالمكان هو بلد والد المحضون أو وليّه.

– خلاف الفقهاء في إسقاط الحضانة عن الحاضنة والولي عند السفر سفر قصرٍ على قولين:

الأول: سقوطها، وهو قول جمهور فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة، وهو ترجيح البحث.

الثاني: عدم سقوطها، وهو قول الحنفية.

– سقوط الحضانة إذا وجد مانع منها، أو فقدت شرطاً من شروط استحقاقها، كأن تتزوج الحاضنة بأجنبي عن المحضون.

– بيّن خلاف الفقهاء في بقاء الحضانة بعد سن التمييز على أربعة آراء كالتالي:

الأول رأي الأحناف: أحقيّةُ الأم أو غيرها بالغلام حتى يستغني عن طلب خدمة النساء ويستطيع الاعتماد على نفسه وقدروا ذلك بسبع سنين، أما الفتاة فالأم

والجدة أحق بها حتى تبلغ، وأما بعد البلوغ فتحتاج إلى من يحميها ويحصنها والأب في ذلك أقدر، وقدروا بلوغ الصغيرة بتسع أو بأحدى عشرة سنة.

الثاني رأي المالكية: استمرار حضانة الغلام إلى بلوغه ولو مجنوناً أو مريضاً، وفي الجارية إلى الزواج ودخول الزوج بها ولو كانت الأم كافرة.

الثالث رأي الشافعية: إن افترق الزوجان وكان الولد مميزا، له سبع أو ثمان سنين، وصلح الزوجان للحضانة وتنازعا فيها، خيّر الولد بينهما وكان عند من اختار.

الرابع رأي الحنابلة: يرون تخيير الغلام غير المعتوه إذا بلغ في حال التنازع بين الوالدين، وهو مع من اختار، أمّا الفتاة فلأبيها الحق ولا تخيّر إذا بلغت سبع سنين.

مقدمة

إنّ الحمد لله، نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله.

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسۡلِمُونَ ١٠٢﴾ آل عمران: ١٠٢.

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفۡسٖ وَٰحِدَةٖ وَخَلَقَ مِنۡهَا زَوۡجَهَا وَبَثَّ مِنۡهُمَا رِجَالٗا كَثِيرٗا وَنِسَآءٗۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِي تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلۡأَرۡحَامَۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيۡكُمۡ رَقِيبٗا ١﴾ النساء: ١.

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوۡلٗا سَدِيدٗا ٧٠ يُصۡلِحۡ لَكُمۡ أَعۡمَٰلَكُمۡ وَيَغۡفِرۡ لَكُمۡ ذُنُوبَكُمۡۗ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدۡ فَازَ فَوۡزًا عَظِيمًا ٧١﴾ الأحزاب: ٧٠ - ٧١.

و بعد، فإن خير الكلام كلام الله، وأحسن الهدي هدي محمد صلى الله عليه وسلم، وشر الأمور محدثاتها، وكل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة، وكل ضلالة في النار[١].

فإن من محاسن الإسلام وعنايته الشاملة اهتمامه بأفراد المجتمع الإسلامي صغارا وكبارا ذكوراً وإناثاً، يتجلى ذلك في صور شتى لا يتسع المقام لذكرها، ومن هذه الصور: اهتمام الشارع الحكيم بالآثار والحقوق المترتبة على انفصال الزوجين عن

---

(١) هذه هي خطبة الحاجة التي كان النبي صلى الله عليه وسلم يعلمها أصحابه رضي الله عنهم، وهي في الابتداء عامة، في خطبة النكاح، وغيرها، وهي مروية عن: ابن مسعود، وأبي موسى الأشعري، وابن عباس، وغيرهم - رضي الله عنهم -. وقد أخرجها: أبو داود في سننه: كتاب النكاح، باب خطبة النكاح، رقم (٢١١٨)، والترمذي في سننه: كتاب النكاح، باب في خطبة النكاح، رقم (١١٠٥)، و النسائي في سننه: (٣/ ١٠٤)، رقم (١٤٠٤)، والإمام أحمد في مسنده ط الرسالة (٥/ ٣١٥)، رقم (٣٢٧٥)، وغيرهم، وللشيخ الألباني رسالة باسم: "خطبة الحاجة".

بعض، ومنها السكنى والنفقة والعدة والمتعة والحضانة.

ولعلـي في هذه المباحـث الآتية بإذن الله أتطرق إلى واحدة مـن هذه الأمور، وهي الحضـانة للأطفال إن كان ثمة أطفال للزوجين المنفصلين محاولا جهدي إبراز الاهتمام الشرعي بهذا الجانب والعناية به، مما يعكس جزءا يسيرا من كمال هذا الدين ورحمته وسـماحته واعتنائه بالأفراد والمجتمعات على حد سـواء، وقد أسـميت هذا البحث بـ "أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي".

أسـأل الله – تعالى – أن يوفقنا لهداه وأن يرزقنا تقواه في السر والعلن وأن يجعلنا ممن نفعهـم ونفع بهم إنه ولي ذلك والقادر عليه. وصـلى الله وسـلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه.

المبحث الأول
بيان معنى الحضانة وتمييزها عما يشابهها من معان

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الحضانة لغة واصطلاحا

أولًا: تعريف الحضانة لغة:

الحضانة: مصدر الحاضن والحاضنة، وهما الموكلان بالصبي يرفعانه ويربيانه، وناحيتا الفلاة: حِضْناها[٢].

واحتضـن الصبيّ: أخذه في حضـنه وهو ما دون الإبط إلى الكشح، يقال: حَضَنَتْ

(٢) لسان العرب لابن منظور ١٣/ ١٢٢، وتهذيب اللغة للأزهري ٤/ ١٢٣.

المرأةُ ولدَها. والحمامة بيضها. وله حاضن وحاضنة يرفعانه ويربيانه. وهي حاضنة حسنة الحضانة. وحمامة حاضن، وحمام حواضن: جواثم على البيض، والحمامة في محضنها وهي شبه قصعة روحاء تعمل من الطين[٣].

وقال النووي: والحضانة بفتح الحاء: تربية الطفل مأخوذة من الحضن بكسر الحاء وجمعه أحضان وهو الجنب؛ لأنها تضمه إلى حضنها يقال: أحضنت الشيء جعلته في حضني وحضنت الصبي[٤].

ثانيًا: تعريف الحضانة اصطلاحا:

قال النووي معرفا الحضانة: "هي القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره، وتربيته بما يصلحه، ووقايته عما يؤذيه"[٥].

وقال الماوردي: "هي الحفظ والمراعاة وتدبير الولد والنظر في مصالحه"[٦].

وقال المناوي: "معاقدة على حفظ من لا يستقل بحفظ نفسه من نحو طفل وعلى تربيته وتعهده[٧].

المطلب الثاني: تمييز الحضانة عما يشابهها من معان

وبعد أن تبين معنى الحضانة في اللغة والاصطلاح رأيت أن أذكر في هذا المطلب بعضا من المعاني ذات الصلة بمصطلح الحضانة تجلية لها وتوضيحًا، فمن هذه المعاني:

(٣) أساس البلاغة للزمخشري ١/ ١٩٦.
(٤) تحرير ألفاظ التنبيه للنووي ١/ ٢٩١.
(٥) روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي ٩/٩٨.
(٦) الحاوي الكبير للماوردي ١١/٥٠٧.
(٧) التوقيف على مهمات التعاريف للمناوي ١/ ١٤١.

١ - الولاية:

أولًا: تعريف الولاية في اللغة: بالكسر تعني: السلطان، وبالفتح والكسر أيضا تعني النُّصرة[٨].

ثانياً: تعريف الولاية شرعاً: هي القدرة على التصرف أو هي تنفيذ القول على الغير. ويكون مصدرها الشرع كولاية الأب والجد، وقد يكون مصدرها تفويض الغير كالوصاية ونظارة الوقف. والولايات متعددة كالولاية في المال، وفي النكاح، وفي الحضانة، وتختلف من تثبت له الولاية من نوع إلى نوع، فقد تكون للرجال فقط. وقد تكون للرجال والنساء.

والحضانة نوع من أنواع الولايات الثابتة بالشرع، ويقدم فيها النساء على الرجال[٩].

٢ - الكفالة:

من الألفاظ ذات الصلة بلفظ الحضانة أيضًا لفظ الكفالة.

أولا: تعريف الكفالة لغة: الضم، ويقال: كفلت الرجل وبالرجل كفلا وكفالة، وتكفلت به، أي: ضمنته. فالكافل هو العائل، والكفيل هو الضامن[١٠]، والكفالة بالولد أن يعوله ويقوم بأمره، ومنه قوله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾آل عمران: ٣٧[١١].

ثانياً: الكفالة اصطلاحاً: هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقًا بنفس، أو بدين، أو عين كمغصوب. كما يستعملون لفظ الكفالة في باب الحضانة، ويريدون بالكفيل من يعول الصغير ويقوم بأموره[١٢].

---

(٨) مختار الصحاح لزين الدين الرازي ٣٤٥/١. نقله عن ابن السكيت.

(٩) الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٣٠/١، والأشباه والنظائر للسيوطي ١٥٤/١.

(١٠) لسان العرب، مادة: كفل.

(١١) سورة آل عمران/٣٧.

(١٢) حاشية ابن عابدين ٢٨١/٥، والمغني لابن قدامة ٤٠٨/٤

وعلى ذلك فلفظ الكفالة مشترك بين ضم الذمة وضم البدن الذي هو الحضانة.

المبحث الثاني: حكم الحضانة والآثار المترتبة عليها

حضانة الطفل تكون للأبوين إذا كان النكاح قائمًا بينهما، فإن افترقا فالحضانة لأم الطفل، لما ورد أن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت يا رسول الله: إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه مني، فقال: "أنت أحق به ما لم تنكحي"[١٣].

فرعاية المحضون واجبة على الحاضن ؛ لأنه قد يهلك بترك الحفظ، فوجب حفظه عن الهلاك، فهي في حق من وجبت عليه تعد من الواجبات العينية خاصة إذا لم يوجد إلا الحاضن، أو وُجِد ولكن لم يقبل الصبي غيره، أما في حالة تعدد الحاضن فيكون الوجوب كفائيًّا[١٤].

قال ابن نجيم: "اعلم أن الحضانة حق الصغير لاحتياجه إلى من يمسكه فتارة يحتاج إلى من يقوم بمنفعة بدنه في حضانته وتارة إلى من يقوم بماله حتى لا يلحقه الضرر"[١٥].

وفي التاج والإكليل: "الحضانة حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسده. . . . وجوب كفالة الأطفال الصغار؛ لأنهم خلق ضعيف يفتقر لكافل يربيه حتى يقوم بنفسه، فهو فرض كفاية إن قام به قائم سقط عن الباقي لا يتعين إلا على الأب، ويتعين على الأم في حولي رضاعه إن لم يكن له أب ولا مال أو كان لا يقبل ثدي سواها"[١٦]. فالمالكية يقولون أنها تتعين على الوالدين، وهي فرض كفاية في

(١٣) أخرجه أحمد (١١/ ٣١١رقم ٦٧٠٧)، والحاكم (٢/٢٢٥ رقم ٢٨٣٠) من حديث عبد الله بن عمرو وصححه الحاكم ووافقه الذهبي. وانظر المغني لابن قدامة ١٨/ ٢٢٢.

(١٤) المغني لابن قدامة ٨/ ٢٣٧، والفواكه الدواني ٢/ ٦٦.

(١٥) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ٤/١٨٠.

(١٦) التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق ٥/٥٩٤، وانظر أيضا: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب ٤/٢١٤.

حق الجميع، وظاهر كلام الشافعية أنها واجبة أيضًا[17].

وقال ابن قدامة: "كفالة الطفل وحضانته واجبة؛ لأنه يهلك بتركه، فيجب حفظه عن الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه، وإنجاؤه من المهالك ويتعلق بها حق لقرابته، لأن فيها ولاية على الطفل واستصحابًا له، فتعلق بها الحق"[18].

ومن خلال كلام الفقهاء المتقدم يتبين أن الحضانة واجبة للمحضون باتفاق الفقهاء ؛ لأنه يهلك بتركها[19].

ويترتب على ذلك الحكم أن من قصَّر في القيام بالحضانة يقع في الإثم، وقد جاءت الشريعة الإسلامية بحفظ الكليات الخمس التي منها حفظ النفس، وهذا في حالتي الوجوب العيني والكفائي.

المبحث الثالث
الأحق بالحضانة ومراتب الحاضنين

أجمع العلماء أن الأم أقدم الحواضن[20]. ويقدم النساء على الرجال في الحضانة، لأنها – أي الحضانة – مبناها على الشفقة والرفق بالصغار وذلك من جانب النساء أوفر وهن بالتربية أعلم، وعلى إقامة مصالح الصغار أقدر[21].

واختلف الفقهاء بعد ذلك في ترتيب الأولى بالحضانة بعد الأم، ومن يقدم عند الاستواء في الاستحقاق، مع مراعاة أن الحضانة لا تنتقل من المستحق إلى من بعده من

(١٧) انظر المجموع للنووي ١٨/ ٣٤٢، ونهاية المحتاج ٧/٢٢٥، ومغني المحتاج ٥/ ١٩١.
(١٨) المغني لابن قدامة ٨/٢٣٧.
(١٩) كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ٥/٤٩٦، والإقناع في فقه الإمام أحمد للحجاوي ٤/١٥٧.
(٢٠) نيل الأوطار للشوكاني ٦/ ٣٨٩ بتصرف.
(٢١) بدائع الصنائع ٤/ ٤١ بتصرف.

المستحقين إلا إذا أسقط المستحق حقه في الحضانة أو سقطت لمانع .

أولاً: ترتيب الأولى بالحضانة عند الأحناف:

عند الأحناف إذا سقطت حضانة الأم لمانع ، يقدمون أم الأم، ثم أم الأب وإن علت، ثم الأخت لأبوين، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، ثم بنت الأخت لأبوين، ثم لأم، ثم الخالات لأبوين، ثم لأم، ثم لأب، ثم بنت الأخت لأب (وتأخيرها عن الخالات هو الصحيح). ثم بنات الأخ لأبوين، ثم لأم، ثم لأب، ثم العمات لأبوين، ثم لأم، ثم لأب، ثم خالة الأم، ثم خالة الأب، ثم عمات الأمهات والآباء، ثم العصبات من الرجال بترتيب الإرث، فيقدم الأب، ثم الجد، ثم الأخ الشقيق، ثم لأب، ثم بنوه كذلك، ثم العم، ثم بنوه. وإذا اجتمعوا قدم الأورع ثم الأسن، ثم إذا لم يكن عصبة انتقل حق الحضانة لذوي الأرحام الذكور إذا كانوا من المحارم، فيقدم الجد لأم، ثم يقدم الأخ لأم، ثم لابنه، ثم للعم لأم، ثم للخال لأبوين، ثم للخال لأم، فإن تساووا فأصلحهم، ثم أورعهم ثم أكبرهم[٢٢].

ثانياً: ترتيب الأولى بالحضانة عند المالكية:

عند المالكية إذا سقطت حضانة الأم لمانع يقدمون أم الأم، ثم جدة الأم، وتقدم من كانت من جهة الأم على من كانت من جهة الأب، ثم خالة المحضون الشقيقة، ثم التي للأم، ثم التي للأب، ثم خالة الأم الشقيقة، ثم التي للأم، ثم التي للأب، ثم عمة الأم، ثم الجدة لأب (وتشمل أم الأب وأم أمه وأم أبيه وتقدم القربى على البعدى) ثم بعد الجدة من جهة الأب تكون الحضانة للأب، ثم أخت المحضون الشقيقة، ثم التي

(٢٢) حاشية رد المحتار لابن عابدين ٣/٥٦٢- ٥٦٤ ، والمبسوط للسرخسي ٥/٢١٠، وبدائع الصنائع ٤/٤١، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٣/٤٧، والبحر الرائق ٤/١٨١.

للأم، ثم التي للأب، ثم العمة، ثم عمة الأب على الترتيب المذكور، ثم خالة الأب[٢٣].

واختلف المالكية بعد ذلك في تقديم بنت الأخ أو بنت الأخت أو تقديم الأكفأ منهن وهو أظهر الأقوال، ثم الوصي، ثم الأخ، ثم الجد من جهة الأب، ثم ابن الأخ، ثم العم، ثم ابن العم، ثم المولى الأعلى، وهو المعتق، ثم المولى الأسفل وهو المعتق[٢٤].

واختلفوا أيضا في حضانة الجد لأم، فرأى ابن رشد المنع، واختار اللخمي أن له حقًّا في الحضانة، ومرتبته تكون بعد مرتبة الجد لأب[٢٥].

ويقدم عند التساوي الأكثر صيانة وشفقة، ثم الأكبر سنًّا عند التساوي في ذلك، ثم القرعة عند التساوي في كل شيء[٢٦].

ثالثا: ترتيب الأولى بالحضانة عند الشافعية :

وعند الشافعية إذا سقطت حضانة الأم يقدمون البنت (أخت المحضون)، ثم أمهات الأم اللاتي يدلين بإناث وارثات تقدم القربى فالقربى، ثم الصحيح بعد ذلك – على الجديد[٢٧]. – تنتقل الحضانة إلى أم الأب، ثم أمهاتها المدليات بإناث وارثات، ثم أم أبي الأب، ثم أمهاتها المدليات بإناث وارثات، ثم أم أبي الجد ثم أمهاتها المدليات بإناث وارثات، وتقدم من كل ذلك القربى فالقربى، ثم الأخت الشقيقة ثم التي لأب – على الأصح – ثم التي لأم، ثم لخالة بهذا الترتيب على الأصح، ثم بنت الأخت، ثم بنت الأخ، ثم العمة من الأب والأم، ثم العمة من الأب، ثم العمة من الأم.

---

(٢٣) التاج والإكليل لمختصر خليل ٥/٥٩٦، ومواهب الجليل ٤/٢١٩، وشرح مختصر خليل للخرشي ٤/٢٠٩.

(٢٤) مواهب الجليل ٤/٢١٩، وشرح مختصر خليل للخرشي ٤/٢٠٩، وحاشية الدسوقي ٢/٥٢٧ – ٥٢٨.

(٢٥) مختصر خليل ١/١٣٩، ومواهب الجليل ٤/٢١٩، وشرح مختصر خليل للخرشي ٤/٢٠٩، وحاشية الدسوقي ٢/٥٢٧ – ٥٢٨.

(٢٦) مختصر خليل ١/١٣٩، والتاج والإكليل لمختصر خليل ٥/٥٩٦، ومواهب الجليل ٤/٢١٩، وشرح مختصر خليل للخرشي ٤/٢٠٩، وحاشية الدسوقي ٢/٥٢٧ – ٥٢٨.

(٢٧) المهذب للشيرازي ٣/١٦٥، والمجموع للنووي ١٨/٣٢٥، وروضة الطالبين وعمدة المفتين ٩/١٠٨.

وعلى القديم[٢٨] يقدم الأخوات والخالات على أمهات الأب والجد، أما الأخوات فلأنهن اجتمعن معه في الصلب والبطن، وأما الخالات لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "الخالة بمنزلة الأم"[٢٩]، يقول العيني: "وفيه دلالة أن للخالة حقا في الحضانة"[٣٠]، وبنحوه ما ذكره الشوكاني حيث قال: "فيه دليل على أن الخالة في الحضانة بمنزلة الأم، وقد ثبت بالإجماع أن الأم أقدم الحواضن، فمقتضى التشبيه أن تكون الخالة أقدم من غيرها من أمهات الأم وأقدم من الأب والعمات"[٣١].

وقال المناوي: "مثل الأم في استحقاق الحضانة"[٣٢].

وبالنسبة لحضانة الرجال فقد ذكر الشافعية أنها تثبت لكل محرم وارث على ترتيب الإرث عند الاجتماع، فيقدم أب، ثم جد وإن علا، ثم أخ شقيق، ثم لأب، وهكذا كترتيب ولاية النكاح، كما تثبت الحضانة لغير المحرم إن كان وارثا كابن العم، وهذا على الصحيح لتوفر شفقته بالولاية، ومقابل الصحيح لا حضانة له لفقد المحرمية[٣٣].

فإن فقد الذكر الإرث والمحرمية معا كابن الخال وابن العمة، أو فقد الإرث فقط مع بقاء المحرمية كالخال وأبي الأم، فلا حضانة لهم في الأصح، ومقابل الأصح لهم الحضانة لشفقتهم بالقرابة.

وإذا اجتمع للمحضون مستحقون من الذكور والإناث قدمت الأم، ثم أمهات الأم المدليات بإناث، ثم الأب، وقيل تقدم الخالة والأخت من الأم على الأب، ويقدم

(٢٨) المجموع للنووي ١٨/٣٢٥، وروضة الطالبين وعمدة المفتين ٩/١٠٨.
(٢٩) أخرجه البخاري (٣/١٨٤ رقم ٢٦٩٩) من حديث البراء بن عازب رضي الله عنه.
(٣٠) عمدة القاري شرح صحيح البخاري للعيني ١٣/ ٢٧٧.
(٣١) نيل الأوطار للشوكاني ٦/ ٣٨٩، وعون المعبود وحاشية ابن القيم ٦/ ٢٦٧.
(٣٢) فيض القدير للمناوي ٣/ ٥٠٢.
(٣٣) المجموع للنووي ١٨/٣٢٥،الحاوي الكبير ١١/٥١١، والمهذب للشيرازي ٣/١٦٥، وروضة الطالبين وعمدة المفتين ٩/١٠٨، تحفة المحتاج ٨/ ٣٥٤، ومغني المحتاج ٥/١٩٣ .

الأصل على الحواشي مطلقا ذكرا كان أو أنثى، كالأخ والأخت لقوة الأصول، فإن فقد الأصل وهناك حواش فالأصح أن يقدم من الحواشي الأقرب فالأقرب كالإرث ذكرا كان أو أنثى، وإن استووا وفيهم ذكر وأنثى، فالأنثى مقدمة على الذكر.

وإن استوى اثنان من كل وجه كأخوين وأختين، وخالتين، أقرع بينهما قطعا للنزاع.

ومقابل الأصح أن نساء القرابة وإن بعدن أحق بالحضانة من الذكور وإن كانوا عصبات؛ لأنهن أصلح للحضانة(٣٤).

رابعاً: ترتيب الأولى بالحضانة عند الحنابلة:

وعند الحنابلة إذا سقطت حضانة الأم يقدمون أمهاتها القربى فالقربى، ثم الأب، ثم أمهات الأب القربى فالقربى، ثم الجد، ثم أمهات الجد القربى فالقربى، ثم الأخت لأبوين، ثم الأخت لأم، ثم لأب، ثم الخالة لأبوين، ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب، ثم العمة لأبوين، ثم لأم، ثم لأب، ثم خالة أمه كذلك، ثم خالة أبيه، ثم عمة أبيه، ثم بنات إخوته وبنات أخواته، ثم بنات أعمامه وبنات عماته، ثم بنات أعمام أبيه وبنات عمات أبيه، تقدم من كل ذلك من كانت لأبوين ثم من كانت لأم، ثم من كانت لأب. ثم تكون الحضانة لباقي العصبة الأقرب فالأقرب. فإن كان المحضون أنثى فالحضانة عليها للعصبة من محارمها ولو برضاع ونحوه كمصاهرة، وهذا متى بلغت الأنثى المحضونة سبعا، فلا حضانة عليها بعد السبع لابن العم ونحوه إن لم يكن محرما لها برضاع أو مصاهرة، وهذا هو المشهور من المذهب كما ذكر ذلك البهوتي(٣٥).

وذكر ابن قدامة بعض الروايات الأخرى عن الإمام أحمد، فعنه أن أم الأب وأمهاتها

(٣٤) الحاوي الكبير ١١/٥١١، والمهذب للشيرازي ٣/١٦٥، والمجموع للنووي ١٨/٣٢٥، وروضة الطالبين وعمدة المفتين ٩/١٠٨، تحفة المحتاج ٨/ ٣٥٤، ومغني المحتاج ٥/١٩٣ ونهاية المحتاج ٧/٢٢٧.

(٣٥) كشاف القناع للبهوتي ٥/٤٩٧ – ٤٩٨.

مقدمات على أم الأم، وعلى هذه الرواية يكون الأب أولى بالتقديم، فيكون الأب بعد الأم ثم أمهاته[٣٦].

كما حكي عن أحمد أن الأخت من الأم والخالة أحق من الأب، فتكون الأخت من الأبوين أحق منه ومن جميع العصبات[٣٧].

وأما ترتيب الرجال فأولاهم الأب، ثم الجد، أبو الأب وإن علا، ثم الأخ من الأبوين، ثم الأخ من الأب، ثم بنوهم وإن نزلوا على ترتيب الميراث، ثم العمومة، ثم بنوهم كذلك، ثم عمومة الأب، ثم بنوهم.

وإن اجتمع شخصان أو أكثر من أهل الحضانة وتساووا، كأخوين شقيقين قدم المستحق منهم بالقرعة.

وإذا لم يكن للحاضن أحد ممن ذكر انتقلت الحضانة لذوي الأرحام في أحد الوجهين وهو الأولى؛ لأن لهم رحما وقرابة يرثون بها عند عدم من هو أولى، فيقدم أبو أم، ثم أمهاته، ثم أخ من أم، ثم خال، ثم حاكم يسلمه إلى من يحضنه من المسلمين.

وفي الوجه الآخر لا حق لذوي الأرحام من الرجال وينتقل الأمر للحاكم.

وفي كل موطن اجتمع فيه أخ وأخت، أو عم وعمة، أو ابن أخ وبنت أخ، أو ابن أخت وبنت أخت قدمت الأنثى على من في درجتها من الذكور؛ لأن الأنوثة هنا مع التساوي توجب الرجحان[٣٨].

يتبين من خلال هذا العرض السابق لما ذهب إليه أصحاب كل مذهب من حيث ترتيب الأولى بالحضانة عدة أمور:

---

(٣٦) المغني لابن قدامة ٨/٢٤٣.

(٣٧) المغني ٨/ ٢٤٣، والعدة شرح العمدة ١/ ٤٧٧، والمبدع ٧/ ١٨١، والإنصاف ٩/ ٤١٦، وكشاف القناع ٥/ ٤٩٧ – ٤٩٨.

(٣٨) الكافي ٣/٢٤٤، والمغني ٨/٢٤٣، والعدة شرح العمدة ١/٤٧٧، والمبدع ٧/١٨١، والإنصاف ٩/٤١٦، وكشاف القناع ٥/٤٩٧ – ٤٩٨، وانظر الشرح المتمتع ١٣/٥٣٤.

١- اتفاق الفقهاء الأربعة على أن الأم هي الأحق بالحضانة لطفلها[٣٩].

٢- أن الحنفية والمالكية والحنابلة جعلوا الحضانة لأم الأم بعد سقوطها عن أم المحضون، أما الشافعية فجعلوها للبنت التي هي أخت المحضون.

٣- أن المالكية والشافعية قدموا الجدة بعد الأم على غيرها، مستدلين بما رواه عبد الرحمن بن أبي الزناد، عن أبيه، عن الفقهاء الذين ينتهى إلى قولهم من أهل المدينة أنهم كانوا يقولون: قضى أبو بكر الصديق على عمر بن الخطاب رضي الله عنهما لجدة ابنه عاصم بن عمر بحضانته حتى يبلغ، وأم عاصم يومئذ حية متزوجة[٤٠].

٤- أن الحنابلة قدموا حضانة الأب على حضانة غيره، بعد سقوطها عن أمهات الأم.

٥- أن الحنفية جعلوا أم الأب بعد أم الأم في الحضانة.

٦- قدم الشافعية الأخت وتلوها بأمهات الأم، في حين أخر الأخت المالكية.

٧- أن الحنفية والمالكية قدموا الخالة على الأب، مستدلين بما رواه البراء بن عازب رضي الله عنه قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني من مكة - فتبعتهم ابنة حمزة، تنادي: يا عم، فتناولها علي فأخذ بيدها، وقال لفاطمة: دونك ابنة عمك، فاحتملتها. فاختصم فيها علي وجعفر وزيد فقال علي: أنا أحق بها، وهي ابنة عمي وقال جعفر ابنة عمي، وخالتها تحتي وقال زيد: ابنة أخي فقضى بها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لخالتها، وقال: "الخالة بمنزلة الأم". وقال لعلي: "أنت مني، وأنا منك" وقال لجعفر: "أشبهت خلقي وخلقي" وقال لزيد: "أنت أخونا ومولانا". [٤١]

(٣٩) نيل الأوطار للشوكاني ٦/ ٣٨٩.

(٤٠) السنن الكبرى للبيهقي ٨/ ٥ رقم ١٦١٨٢.

(٤١) أخرجه البخاري ٥/ ١٤١ رقم ٤٢٥١ .

وهذا جدول توضيحي حول ترتيب الفقهاء للمستحق بالحضانة:

الحنفية	المالكية	الشافعية	الحنابلة
الأم	الأم	الأم	الأم
أم الأم	أم الأم	البنت الأخت الشقيقة	أمهاتها القربى فالقربى
أم الأب وإن علت	جدة الأم	أمهات الأم اللاتي يدلين بإناث وارثات تقدم القربى فالقربى	الأب
الأخت لأبوين	تقدم من كانت من جهة الأم على من كانت من جهة الأب	أم الأب	أمهات الأب القربى فالقربى
الأخت لأم	خالة المحضون الشقيقة	أمهاتها المدليات بإناث وارثات	الجد
الأخت لأب	خالة المحضون للأم	أم أبي الأب	أمهات الجد القربى فالقربى

بنت الأخت لأبوين	خالة المحضون للأب	أمهاتها المدليات بإناث وارثات	الأخت لأبوين
بنت الأخت لأم	خالة الأم الشقيقة	أم أبي الجد	الأخت لأم
الخالات لأبوين	التي للأم	أمهاتها المدليات بإناث وارثات	ثم لأب
الخالات لأم	التي للأب	الأخت الشقيقة	الخالة لأبوين
الخالات لأب	عمة الأم،	التي لأب على الصحيح	الخالة لأم
بنت الأخت لأب	الجدة لأب	التي لأم	الخالة لأب
بنات الأخ لأبوين	وتشمل أم الأب وأم أمه وأم أبيه وتقدم القربى على البعدى	ثم الخالة على الأصح	العمة لأبوين
بنات الأخ لأم	الجدة من جهة الأب	بنت الأخت	ثم لأم

بنات الأخ لأب	للأب	بنت الأخ،	ثم لأب
العمات لأبوين	أخت المحضون الشقيقة	العمة من الأب والأم	ثم خالة أمه
العمات لأم	التي للأم	العمة من الأب	خالة أبيه
العمات لأب	التي للأب	العمة من الأم على القديم	ثم عمة أبيه
خالة الأم	العمة	يقدم الأخوات والخالات على أمهات الأب والجد	بنات إخوته وبنات أخواته
خالة الأب	عمة الأب على الترتيب المذكور	×للأب حضانة	بنات أعمامه وبنات عماته
عمات الأمهات والآباء	خالة الأب	جد وإن علا	بنات أعمام أبيه وبنات عمات أبيه تقدم من كل ذلك من كانت لأبوين ثم من كانت لأم، ثم من كانت لأب

العصبات من الرجال بترتيب الإرث، فيقدم الأب	بنت الأخ أو بنت الأخت أو تقديم الأكفأ منهن	أخ شقيق	لباقي العصبة الأقرب فالأقرب. فإن كان المحضون أنثى فالحضانة عليها للعصبة من محارمها ولو برضاع ونحوه كمصاهرة، وهذا متى بلغت الأنثى المحضونة سبعا، فلا حضانة عليها بعد السبع لابن العم ونحوه إن لم يكن محرما لها برضاع أو مصاهرة
الجد	الوصي	ثم لأب وهكذا كترتيب ولاية النكاح	
الأخ الشقيق	الأخ	تثبت الحضانة لغير المحرم إن كان وارثا كابن العم	

الأخ لأب	الجد من جهة الأب وبعده الجد لأم قاله (اللخمي)		
بنوه	ابن الأخ		
العم	العم		
بنوه	ابن العم		
إذا لم يكن عصبة انتقل حق الحضانة لذوي الأرحام الذكور إذا كانوا من المحارم، فيقدم الجد لأم	المولى الأعلى وهو المعتق		
الأخ لأم	المولى الأسفل وهو المعتق		
الأخ لابنه			
للعم لأم			
للخال لأبوين			
للخال لأم			

المبحث الرابع
شروط المستحق للحضانة

وفي هذا المبحث تمهيد وثلاثة مطالب:

تمهيد

تعد الحضـــانة من الولايات، فالغرض منها هو صــيانة المحضــون ورعايته وحفظه، وهذا لا يتحقق إلا إذا كان الحاضن أهلا لذلك، ولذا اشترط الفقهاء شروطا خاصة لابد من توفرها فيمن ثبتت له الحضانة .

وهذه الشروط تنقسم إلى ثلاثة أنواع:

١- شروط عامة في النساء والرجال.

٢- شروط خاصة بالنساء الحاضنات.

٣- شروط خاصة بالرجال عند توليهم الحضانة.

وهذا ما سيتضح في المطالب الآتية:

المطلب الأول: شروط عامة في النساء والرجال

١- الإســلام: يعد شرط كون الحاضن مسلما في حالة ما إذا كان المحضون مسلما؛ شرطا أساسًّيا، إذ لا ولاية للكافر على المسلم، وذلك خوفا على المحضون من الفتنة في دينه.

واشترط هذا الشرط من الفقهاء الشـافعية[٤٢] والحنابلة[٤٣] وبعض المالكية[٤٤]، وكذا قال الحنفية بالنسـبة للحاضن الذكر[٤٥]، وقال المالكية في المشهور عندهم وعند الحنفية بالنسـبة للأنثى: لا يشترط الإسلام في الحاضـن إلا أن تكون المرأة مرتدة؛ لأنها تحبس وتضرب كما يقول الحنفية[٤٦] فلا تتفرغ للحضانة.

وقال الحنفية[٤٧]: عندما يعقل المحضون الدين، أو يخشى أن يألف الكفر ينزع منها، ويضم إلى المسلمين، وقال المالكية[٤٨]: لا ينزع منها وإنما تضم هي والمحضون إلى أناس مسلمين ليكونوا رقباء عليها[٤٩].

وأرى أن قول الجمهور هو الأولى بالصواب لتضافر الأدلة على صحة ما ذهبوا إليه.

٢ - البلوغ والعقل: حيث لا تثبت الحضـانة لطفل أو مجنون أو معتوه؛ لأن هؤلاء لا يسـتطيعون قضاء حوائجهم فضـلا عن أن يقوموا على رعاية المحضون، فلا توكل إليهم حضانة غيرهم[٥٠].

٣- أن يكـون ظاهره العدالة: حيث لا تثبت الحضـانة لفاسـق؛ لأنـه لا يؤتمن على المحضون، والمراد بالفسـق هنا؛ الظاهر: كالاشتهار بشرب الخمر، والسرقة والزنى أو اللهو المحرم، أما من هو مستور الحال فتثبت له الحضانة، قال ابن عابدين: "الحاصل أن

---

(٤٢) الحاوي الكبير ٣٣٢/٨، وروضة الطالبين ٩٨/٩.
(٤٣) المغني ٢٤٨/٧، وكشاف القناع ٤٩٨/٥.
(٤٤) شرح مختصر خليل ٢١١/٤، والفواكه الدواني ٦٧/٢، ومنح الجليل ٤٢٥/٤.
(٤٥) البحر الرائق ١٧٩/٤، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥٥٥/٣ .
(٤٦) البحر الرائق ١٧٩/٤، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥٥٥/٣ .
(٤٧) البحر الرائق ١٧٩/٤، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥٥٥/٣ .
(٤٨) شرح مختصر خليل ٢١١/٤، والفواكه الدواني ٦٧/٢، ومنح الجليل ٤٢٥/٤.
(٤٩) البحر الرائق ١٧٩/٤، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥٥٥/٣ ، وشرح مختصر خليل ٢١١/٤، والفواكه الدواني ٦٧/٢، ومنح الجليل ٤٢٥/٤، والحاوي الكبير ٣٣٢/٨، وروضة الطالبين ٩٨/٩، والمغني ٢٤٨/٧، وكشاف القناع ٤٩٨/٥.
(٥٠) حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥٥٥/٣، والفواكه الدواني ٦٧/٢، والحاوي الكبير ٣٣٢/٨، وكشاف القناع ٤٩٨/٥.

الحاضنة إن كانت فاسقة فسقا يلزم منه ضياع الولد عندها سقط حقها، وإلا فهي أحق به إلى أن يعقل الولد فجور أمه فينزع منها"(٥١)، قال الدسوقي: "والحاضن محمول على الأمانة حتى يثبت عدمها"(٥٢)، وقال الرملي: "يكفي مستورها أي مستور العدالة"(٥٣).

٤ – الرشـد: وهو شرط عند المالكية والشافعية، فلا حضـانة لسفيه مبذر لئلا يتلف مال المحضون(٥٤)، وكذا قال الحنفية(٥٥)، والحنابلة(٥٦).

٥ – القدرة على القيام بشـأن المحضون، فلا تثبت الحضـانة للعاجز عن ذلك لكبر أو مرض أو عاهة تعوق قيامه بشئون المحضون، وذلك كالأعمى والأخرس والأصم، ويدخل في ذلك أيضا الحاضنة التي تخرج كثيرا لعمل أو لغير ذلك، وتترك المحضون بمفرده، فكل هؤلاء تسقط في حقهم الحضانة، إلا أن يكون مع المحضون أحدا يرعى شئونه(٥٧).

٦ – أمن المكان بالنسـبة للمحضون الذي بلغ سنًّا يخشى عليه فيه الفساد، أو ضياع ماله، فلا حضـانة لمن يعيش في مكان مخوف يطرقه المفسدون والعابثون. وقد صرح بهذا الشرط المالكية(٥٨).

٧ – ألا يكون بالحاضن مرض معد، أو منفر يتعدى ضرره إلى المحضون، كالجذام، والبرص، والدرن والإيدز وشبه ذلك من كل ما يتعدى ضرره إلى المحضون(٥٩).

---

(٥١) حاشية رد المحتار لابن عابدين ٣/٥٥٥.

(٥٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٠/ ٣٩٨، وانظر: الفواكه الدواني ٢/٦٧، والحاوي الكبير ٨/٣٣٢، وكشاف القناع ٥/٤٩٨.

(٥٣) نهاية المحتاج ٢٤/ ١٥٥، وانظر: الفواكه الدواني ٢/٦٧، والحاوي الكبير ٨/٣٣٢، وكشاف القناع ٥/٤٩٨.

(٥٤) شرح مختصر خليل ٤/٢١١، وروضة الطالبين ٩/٩٨.

(٥٥) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ١١/ ١٨٩.

(٥٦) كشاف القناع عن متن الإقناع ١٩/ ٤٨٨.

(٥٧) حاشية رد المحتار لابن عابدين ٣/٥٥٥، والفواكه الدواني ٢/٦٧، والحاوي الكبير ٨/٣٣٢، وكشاف القناع ٥/٤٩٨.

(٥٨) شرح مختصر خليل ٤/٢١١، والفواكه الدواني ٢/٦٧، ومنح الجليل ٤/٤٢٥.

(٥٩) الفواكه الدواني ٢/٦٧، والحاوي الكبير ٨/٣٣٢، وكشاف القناع ٥/٤٩٨.

المطلب الثاني: الشروط الخاصة بالنساء الحاضنات

اشترط العلماء في حق الحاضنات من النساء شروطًا، مراعاة لحق المحضون، وهذه الشروط هي:

١- ألا تكون الحاضنة متزوجة من أجنبي من المحضون؛ لئلا يسبب ذلك انشغالا بحق الزوج، عن المحضون، والدليل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي"، فتسقط الحضانة من حين العقد عند الجمهور من الحنفية(٦٠) والشافعية(٦١) والحنابلة(٦٢)، وبالدخول عند المالكية(٦٣).

٢- أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم من المحضون كأمه وأخته، فلا حضانة لبنات العم والعمة، والخال والخالة، وهذا عند الحنفية(٦٤) والمالكية(٦٥) وليس هذا شرطا عند الشافعية(٦٦) والحنابلة(٦٧)، وصرح الشافعية(٦٨) بأنه لا تثبت الحضانة لبنت العم على الذكر المشتهى، وهو قول نقله ابن عابدين من الحنفية(٦٩).

٣- ألا تمتنع الحاضنة عن إرضاع الطفل إذا كانت أهلًا للرضاع، وكان محتاجًا لذلك وهذا في الصحيح عند الشافعية(٧٠).

(٦٠) بدائع الصنائع ٤/٤٢- ٤٤، وتبيين الحقائق ٣/٤٦.
(٦١) المهذب ٣/١٦٤، والمجموع للنووي ١٨/٣٢١.
(٦٢) الكافي ٣/٢٤٥، والمغني ٨/٢٣٨، وكشاف القناع ٥/٤٩٦.
(٦٣) الفواكه الدواني ٢/٦٥، والحاوي الكبير ١١/٥٠٥.
(٦٤) بدائع الصنائع ٤/٤٢- ٤٤، وتبيين الحقائق ٣/٤٦.
(٦٥) بداية المجتهد ٣/٧٩، والفواكه الدواني ٢/٦٥.
(٦٦) المهذب ٣/١٦٤، والمجموع للنووي ١٨/٣٢١.
(٦٧) الكافي ٣/٢٤٥، والمغني ٨/٢٣٨، وكشاف القناع ٥/٤٩٦.
(٦٨) المهذب ٣/١٦٤، والمجموع للنووي ١٨/٣٢١.
(٦٩) بدائع الصنائع ٤/٤٢- ٤٤، وتبيين الحقائق ٣/٤٦.
(٧٠) مغني المحتاج ٥/١٩١-١٩٦.

المطلب الثالث: شروط خاصة بالرجال عند توليهم الحضانة

اشترط العلماء شروط للحاضنين من الرجال، وهذه الشروط هي:

١- أن يكون الحاضن محرمًا للمحضون إذا كانت المحضونة أنثى تشتهى، وعليه فلا حضانة لابن العم؛ لأنه ليس محرمًا، ولأنه يجوز له نكاحها فلا يؤتمن عليها، فإن كانت المحضونة صغيرة لا تشتهى، ولا يخشى عليها فلا تسقط حضانة ابن عمها.

وفي هذه الحالة توضع عند أمينة يختارها ابن عمها، كذا قال الشافعية(٧١) والحنابلة(٧٢)، أو يقوم باختيارها القاضي كذا قال الحنفية(٧٣)، أما المالكية(٧٤) فقد أسقطوا حق ابن عمها في الحضانة في تلك الحالة، وقال الشافعية(٧٥) أنها تضم لابن عمها إذا كانت له بنت يستحيي منها، فتجعل مع بنته.

٢- كما يشترط لثبوت الحضانة للرجال أن يكون عنده نساء يقمن على شئون المحضون كالزوجة أو الأم أو متبرعة بالرعاية، قاله المالكية(٧٦).

المبحث الخامس
مكان الحضانة

مكان الحضانة هو المسكن الذي يقيم فيه والد المحضون في حالة أن تكون الحضانة للأم، سواء كانت الأم زوجة أو كانت في عدتها من طلاق رجعي أو بائن؛ لأن الزوجة

(٧١) البحر الرائق ١٧٩/٤، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥٥٥/٣، وشرح مختصر خليل ٢١١/٤، والفواكه الدواني ٦٧/٢، ومنح الجليل ٤٢٥/٤، والحاوي الكبير ٣٣٢/٨، وروضة الطالبين ٩٨/٩، والمغني ٢٤٨/٧، وكشاف القناع ٤٩٨/٥.

(٧٢) البحر الرائق ١٧٩/٤، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥٥٥/٣، وشرح مختصر خليل ٢١١/٤، والفواكه الدواني ٦٧/٢، ومنح الجليل ٤٢٥/٤، والحاوي الكبير ٣٣٢/٨، وروضة الطالبين ٩٨/٩، والمغني ٢٤٨/٧، وكشاف القناع ٤٩٨/٥.

(٧٣) البحر الرائق ١٧٩/٤، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥٥٥/٣.

(٧٤) شرح مختصر خليل ٢١١/٤، والفواكه الدواني ٦٧/٢، ومنح الجليل ٤٢٥/٤.

(٧٥) الحاوي الكبير ٣٣٢/٨، وروضة الطالبين ٩٨/٩.

(٧٦) شرح مختصر خليل ٢١٢/٤، الشرح الكبير ٥٢٩/٢، ومنح الجليل ٤٢٧/٤.

مطالبـة بمتابعة زوجها والإقامة معه أينما أقام، والمعتدة وجب عليها المكث في مسكن الزوجية حتى انقضاء عدتها سواء مع المحضون أو بدونه، وذلك لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ ۚ ﴿١﴾﴾ الطلاق: ١.

وفي حالة انقضاء عدتها فمكان الحضانة هو البلد الذي يقيم فيه والد المحضون أو وليه، وهذا هو الحكم في جميع من قام بحضانة المحضون؛ وذلك ليسهل على الأب رؤية المحضون، والقيام على تربيته، فيلزم لذلك إقامة الحاضن في بلد الأب أو الولي، صرح به الحنفية[٧٧].

واختلف العلماء حول إسقاط الحضانة عن الحاضنة والولي عند السفر سفر قصر على قولين:

القول الأول: ويرى أن سفر الولي يسقط حق الحضانة للحاضنة والولي، وهو قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة.

حيث يسقط المالكية الحضانة عن كل من الحاضنة والولي إذا سافر أحدهما إلى بلد آخر مسافة ستة بُرُد فأكثر بقصد الإقامة، فإذا سافر الولي، سفراً بقصد التوطن والإقامة، لمسافة تبعد عن بلد الحاضنة ستة برد فأكثر، كان له أخذ الولد من حاضنته، بشرط أمن الطريق وأمن المكان المقصود، ويسقط حقها في الحضانة، إلا إذا سافرت مع الولي، فلا تسقط حينئذ حضانتها بانتقاله.

واستدلوا لرأيهم بأن حق الولي في الحضانة أقوى من حق الحاضنة؛ لأن التربية الروحية مقدمة على التربية البدنية، والولي أقدر من الحاضنة على تلك التربية[٧٨].

(٧٧) البدائع ٤/٤٤، وبداية المجتهد ٣/٧٩، والفواكه الدواني ٢/٦٥، والحاوي الكبير ١١/٥٠٥، والمهذب ٣/١٦٤، والمجموع للنووي ١٨/٣٢١، والكافي ٣/٢٤٥، والمغني ٨/٢٣٨، وكشاف القناع ٥/٤٩٦.

(٧٨) الشرح الصغير: ٧٦١/ ٢ وما بعدها.

أما الشافعية فقد فرقوا بين سفر الحاجة وبين سفر النقلة، فإن أراد الولي أو الحاضنة سفر حاجة، كان الولد المميز وغيره مع المقيم حتى يعود المسافر منهما، لما في السفر من الخطر والضرر،

وإن أراد أحدهما سفر نُقْلة، فالأب أولى، بشرط أمن طريقه وأمن البلد المقصود له، كما قرر المالكية، وإن لم يكن هناك أمن، فيقرّ عند أمه، وليس لوليه أن يخرجه إلى دار الحرب(٧٩).

وتابع الحنابلة الشافعية في رأيهم، فقالوا: متى أراد أحد الأبوين النقلة إلى بلد مسافة قصر فأكثر، وكان البلد والطريق آمناً، والقصد هو السكنى، فالأب أحق بالحضانة، سواء أكان المقيم هو الأب، أم المنتقل؛ لأن الأب في العادة هو الذي يقوم بتأديب الصغير وحفظ نسبه، فإذا لم يكن الولد في بلد الأب، ضاع(٨٠).

القول الثاني: ويرى أن سفر الولي لا يسقط حق الحضانة للحاضنة، وهو قول الحنفية.

فقالوا ليس للأب أو الولي مطلقا إخراج المحضون من بلد أمه بلا رضاها ما بقيت حضانتها، فلو انتقل إلى بلد آخر غير بلد الحاضنة فليس له أخذ الولد معه ما دامت حضانتها قائمة، ولا يسقط حقها في الحضانة بانتقاله، سواء أكان البلد قريباً أم بعيداً، وسواء أكان السفر بقصد الإقامة أم التجارة أم الزيارة؛ لأن الحضانة حق الحاضنة، ولا يملك الولي إسقاط هذا الحق(٨١).

وأرى أن الراجح هو القول الأول (قول الجمهور) لقوة ما استدلوا به من أدلة عقلية واستنتاجات.

(٧٩) مغني المحتاج: ٤٥٨/ ٣
(٨٠) كشاف القناع: ٥٨١/ ٥.
(٨١) الدر المختار: ٨٨٥/ ٢.

المبحث السادس
مسقطات الحضانة

تسقط الحضانة إذا وجد مانع منها، أو فقد شرط من شروط استحقاقها، كأن تتزوج الحاضنة بأجنبي عن المحضون[٨٢] لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما: أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه مني، فقال: "أنت أحق به ما لم تنكحي"[٨٣].

قال الصنعاني: "الحديث دليل على أن الأم أحق بحضانة ولدها إذا أراد الأب انتزاعه منها، وقد ذكرت هذه المرأة صفات اختصت بها تقتضي استحقاقها وأولويتها بحضانة ولدها وأقرها صلى الله عليه وسلم على ذلك وحكم لها"[٨٤].

والأم أحق بالولد الطفل من الأب ما لم تتزوج فإذا تزوجت فلا حق لها في حضانة، فإن كانت لها أم فأمها تقوم مقامها ثم الجدات من قبل الأم أحق به ما بقيت منهن واحدة[٨٥].

أو يصاب الحاضن بآفة كالجنون والعته، أو مرض يضر بالمحضون، أو بأمر يمنع معه مراعاة المحضون.

وربما تسقط الحضانة عند إسقاط الحاضن المستحق لها، وفي هذه الحالة لو عاد

(٨٢) اختلاف الأئمة العلماء لابن هبيرة ٢/ ٢١٣.
(٨٣) سبق تخريجه.
(٨٤) سبل السلام للصنعاني ٣/ ٢٢٧.
(٨٥) معالم السنن للخطابي ٣/ ٢٨٢.

المستحق لها وطلبها أجيب في ذلك؛ لأنه حق يتجدد بتجدد الزمان كالنفقة[٨٦].

وإذا امتنعت الحضانة لمانع ثم زال المانع كأن عقل المجنون، أو تاب الفاسق، أو شفي المريض عاد حق الحضانة؛ لأن سببلها قائم وأنها امتنعت لمانع فإذا زال المانع عاد الحق بالسبب السابق الملازم طبقًا لقاعدة إذا زال المانع عاد الممنوع. وهذا كله متفق عليه عند جمهور الفقهاء من الحنفية[٨٧] والشافعية[٨٨] والحنابلة[٨٩] ولكن اختلفوا في بعض الأمور:

فقال الحنابلة والشافعية[٩٠]: إن حق الحضانة يعود بطلاق المنكوحة من أجنبي فور الطلاق، سواء أكان بائنًا أم رجعيًّا دون انتظار انتهاء العدة وذلك لزوال المانع.

وعند الحنفية[٩١] والمزني من الشافعية[٩٢] أن حق الحضانة يعود فور الطلاق البائن أما الطلاق الرجعي فلا يعود حق الحضانة بعده إلا بعد انتهاء العدة.

أما المالكية[٩٣] ففرقوا بين زوال الحضانة لعذر اضطراري وبين زوالها لعذر اختياري. فإذا سقطت الحضانة لعذر اضطراري لا يقدر معه الحاضن على القيام بحال المحضون كمرض الحاضن أو سفر الولي بالمحضون سفر نقلة، أو سفر الحاضنة لأداء فريضة الحج، ثم زال العذر بشفاء الحاضنة من المرض، أو عودة الولي من السفر، أو عودتها من أداء فريضة الحج، عادت الحضانة للحاضن؛ لأن المانع كان هو العذر الاضطراري

(٨٦) حاشية رد المحتار لابن عابدين ٣/٥٥٥- ٥٥٦، ومغني المحتاج ٥/١٩٦، والمهذب ٣/١٧٠ وكشاف القناع ٥/٤٩٨ - ٥٠٠.

(٨٧) حاشية رد المحتار لابن عابدين ٣/٥٥٥- ٥٥٦.

(٨٨) المهذب للشيرازي ٣/١٧٠.

(٨٩) كشاف القناع ٥/٤٩٨ - ٥٠٠.

(٩٠) المهذب ٣/١٧٠، كشاف القناع ٥/٤٩٨ — ٥٠٠.

(٩١) حاشية رد المحتار لابن عابدين ٣/٥٥٥- ٥٥٦.

(٩٢) المهذب ٣/١٧٠.

(٩٣) الدسوقي على شرح الدردير ٢/٥٣٢ — ٥٣٣، والتاج والإكليل ٦/ ٣٢٩.

وقد زال، وإذا زال المانع عاد الممنوع .

وإذا زالــت الحضــانة لمانع اختياري كأن تتزوج الحاضــنة بأجنبي من المحضــون ثم طلقت، أو أســقطت الحاضــنة حقها في الحضــانة بإرادتها دون عذر، ثم أرادت العود للحضانة.

فلا تعود الحضــانة بعد زوال المانع بناء على أن الحضانة حق للحاضن، وهو المشهور في المذهب. وقيل: تعود بناء على أن الحضانة حق المحضون.

لكنهم قالوا: إذا كانت الحضانة لا تعود للمطلقة إلا أنه من حق من انتقلت له الحضانة رد المحضون لمن انتقلت عنه الحضانة، فإن كان الرد للأم فلا مقال للأب؛ لأنه نقل لما هو أفضل، وإن كان الرد لأختها مثلًا فللأب المنع من ذلك، فمعنى أن الحضانة لا تعود، أي لا تجبر من انتقلت لها الحضانة على رد المحضون، ولها الرد باختيارها[٩٤] .

المبحث السابع
انتهاء مدة الحضانة

ســبق أن بينت اتفاق الفقهاء على وجوب حضــانة الطفل، ورعايته، لما في ذلك من حق له، لأنه يهلك بترك رعايته[٩٥] .

وسوف أتناول في هذا المبحث انتهاء مدة الحضانة واختلاف الفقهاء في ذلك، حيث اختلفوا في بقاء الحضانة إلى ما بعد سن التمييز على أقوال وبيان ذلك كما يأتي:

أولاً: قــال الحنفية[٩٦]: ســواء كانت الحاضــنة أمًّا أو غيرها فهي أحــق بالغلام حتى

(٩٤) الدسوقي على شرح الدردير ٢/٥٣٢ - ٥٣٣.

(٩٥) المغني لابن قدامة ٨/ ٢٣٧، والفواكه الدواني ٢/ ٦٦.

(٩٦) الدر المختار ٢/ ١٨٨، وبدائع الصنائع ٤/ ٤٢ – ٤٤.

يستغني عن طلب الخدمة –خدمة النساء– ويستطيع الاعتماد على نفسه في الأكل والشرب واللبس والاستنجاء، وقدر الحنفية ذلك بسبع سنين، لأنه الغالب لقوله صلى الله عليه وسلم: "مروا أولادكم بالصلاة لسبع "[٩٧]، والأمر بالصلاة لا يكون إلا بعد الاستطاعة فمنه أخذ الحكم، وقيل: بتسع سنين.

قال العيني معلقًا على هذا الحديث: "وإنما عيّن السَنة السّابعة لأنها سنة التمييز، ألا يُرى أن الحضانة تسقط عند انتهاء الصبيّ إلى سبع سنين؟ ولأن أوّل مراتب عقود العدد المركب العشرة، والسَبعة أكثرها، وإنما أمر بالضرب عند عشر ستين؛ لأنه يَقربُ إلى البلوغ؛ لأن أقلَّ البلوغ في حق الصبيّ اثنا عشر سنةً، وهذا الأمر – أيضًا– أمر تأديب وإرشاد"[٩٨].

أما الفتاة فالأم والجدة أحق بها حتى تبلغ سواء بالحيض أو الإنزال أو السن؛ لأن الفتاة تحتاج للنساء حيث معرفة آداب النساء والمرأة في ذلك أقدر.

وأما بعد البلوغ فتحتاج إلى من يحميها ويحصنها والأب في ذلك أقدر وأقوى، وبلوغ الصغيرة بتسع أو بأحدى عشرة سنة.

ثانياً: وقال المالكية[٩٩]: أما الغلام فتستمر الحضانة إلى بلوغه ولو مجنونا أو مريضا، وفي الجارية إلى الزواج ودخول الزوج بها، ولو كانت الأم كافرة.

وقال الحنفية والمالكية: لا يخير الولد؛ لأنه لا قول له ولا يعرف حظه وقد يختار من يلعب عنده وهو يضيعه.

(٩٧) صحيح سنن أبي داود ١/ ١٣٣ رقم ٤٩٥ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، صححه الألباني في صحيح أبي داود ٢/ ٤٠١.

(٩٨) شرح أبي داود للعيني ٢/ ٤١٤.

(٩٩) شرح مختصر خليل ٤/٢٠٧، والفواكه الدواني ٢/٦٥.

ثالثاً: قال الشافعية[١٠٠]: إن افترق الزوجان ولهما ولد مميز ذكر أو أنثى، وله سبع أو ثمان سنين، وصلح الزوجان للحضانة، حتى لو فضَل أحدهما الآخر ديناً أو مالاً أو محبة، وتنازعا في الحضانة، خيِّر بينهما، وكان عند من اختار منهما؛ لأنه صلّى الله عليه وسلم خيَّر غلاماً بين أبيه وأمه فقال: "هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به"[١٠١]، وعن عبد الحميد بن جعفر الأنصاري عن جده: أن جده أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فجاء بابن له صغير لم يبلغ، قال: فأجلس النبي صلى الله عليه وسلم الأب هاهنا والأم هاهنا، ثم خيره وقال: "اللهم اهده"، فذهب إلى أبيه.

وفي رواية أخرى عن عبد الحميد بن جعفر، أخبرني أبي، عن جدي، رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم، فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: ابنتي، وهي فطيم أو شبهه، وقال رافع: ابنتي، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: "اقعد ناحية" وقال لها: "اقعدي ناحية" فأقعد الصبية بينهما، ثم قال: "ادعواها"، فمالت إلى أمها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "اللهم اهدها" فمالت إلى أبيها فأخذها[١٠٢].

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه جاءته امرأة فارسية معها ابن لها فادعياه وقد طلقها زوجها، فقالت يا أبا هريرة ورطنت بالفارسية؛ زوجي يريد أن يذهب بابني فقال أبو هريرة: استَهِما عليه ورطن لها بذلك فجاء زوجها فقال: من يحاقني في ولدي؟! فقال أبو هريرة: اللهم إني لا أقول هذا إلاّ أني سمعت امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا قاعد عنده فقالت: يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة وقد نفعني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "استهما عليه"

(١٠٠) المهذب: ٢/ ١٧١، مغني المحتاج: ٣/ ٤٥٦.

(١٠١) أخرجه أبو داود (٢/٢٨٣ رقم ٢٢٧٧)، والحاكم في المستدرك (٤/١٠٨ رقم ٧٠٣٩، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي)، انظر المستدرك ٤/ ١٠٨ رقم ٧٠٣٩.

(١٠٢) صحيح سنن أبي داود ٢/ ٢٤٠ رقم ٢٢٤٦، ومسند أحمد ٣٩/ ١٦٨ رقم ٢٣٧٥٧. صحيح أبي داود ٧/ ١٣.

فقال زوجها من يحاقني في ولدي؟! فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت" فأخذ بيد أمه فانطلقت به[١٠٣].

والجارية كالغلام في الانتساب، ولأن القصد من الحضانة حفظ الولد، والمميز أعرف بحظه ومصلحته، فيرجع إليه والولد يتخير، ولو أسقط أحد الزوجين حقه قبل التخيير.

ولو اختار الولد أحد الأبوين، فامتنع من كفالته، كفله الآخر، فإن رجع الممتنع أعيد التخيير. وإن امتنع الأبوان وبعدهما مستحقان للحضانة كجد وجدة خيّر بينهما، وإلا أجبر بالحضانة من تلزمه نفقته؛ لأنها من جملة الكفالة. وإن صلح أحد الأبوين للحضانة دون الآخر بسبب جنون أو كفر أو رق أو فسق، أو زواج الأنثى أجنبيًا، فالحق للآخر فقط، ولا تخيير لوجود المانع. فإن عاد صلاح الآخر عاد التخيير.

ويخير الولد أيضاً بين أم وجد، وكذا أخ أو عم أو أب مع أخت أو خالة في الأصح، فإن اختار أحدهما، ثم اختار الآخر، حوّل إليه؛ لأنه قد يظهر له الأمر، بخلاف ما ظنه، أويتغير حال من اختاره أولاً، ولأن الولد قد يقصد مراعاة الجانبين.

رابعًا: وقال الحنابلة[١٠٤]: يخير الغلام غير المعتوه إذا بلغ بين أبويه، إذا حدث تنازع بينهما، فهو مع من اختار منهما وهذا ما ذهب إليه الشافعية كما أشرت منذ قليل، فمتى اختار أحدهما، سلم إليه، ثم اختار الآخر، رد إليه. ويخير الغلام بين أمه وعصبته حيث خير علي رضي الله عنه عمارة الجرمي بين أمه وعمه، ولأنه عصبة، فأشبه الأب[١٠٥].

---

(١٠٣) صحيح سنن أبي داود ٢/ ٢٨٣ رقم ٢٢٧٧، وسنن النسائي ٦/ ١٨٥ رقم ٣٤٩٦، وسنن الدارمي ٣/ ١٤٧٣ رقم ٢٣٣٩، وانظر صحيح سنن أبي داود ٧/ ٤٧.

(١٠٤) المغني: ٧/ ٦١٤- ٦١٧، غاية المنتهى: ٣/ ٢٥١، كشاف القناع: ٥/ ٥٨٢، والكافي ٣/٢٤٧.

(١٠٥) معرفة السنن والآثار للبيهقي ١١/ ٣٠٢، وسنن سعيد بن منصور ٢/ ١١١.



ولكــن شرطوا لتخيير الغلام أن يكون الأبوان وغيرهما من أهل الحضــانة: فإن كان أحدهما من غير أهل الحضانة، كان كالمعدوم، ويتعين الآخر، وألا يكون الغلام معتوها فلو كان كذلك فأمه أحق به ولم يخير. أما الفتاة إذا بلغت ســبع سنين فالأب أحق بها، ولا تخير خلافا للشــافعية؛ لأن المقصود من الحضانة المصــلحة وفي هذه السنة تحتاج الفتاة إلى الحفظ والتحصين وهو ما يتحقق مع الأب.

الخاتمة

وبعد العرض الســابق للمباحث وتنوع توجهات الفقهاء واجتهاداتهم في الأصــلح للمحضــون بأنواعه يمكن أن نشــير هنا إلى أبرز ما توصــلت إليه من نتائج على النحو التالي:

١- الحضــانة تعني القيام بحفظ من لا يميز وتربيته ووقايتــه عما يؤذيه فهي نوع من الولاية.

٢- رعاية المحضــون واجبة على الحاضن، وتتعين في حقه إذا لم يكن هناك حاضن غيره، لأنه يهلك بترك ذلك فوجب حفظه من الهلاك.

٣- الأم أقدم الحاضات، ويقدم في الحضانة النساء على الرجال.

٤- رتب العلماء الأولى بالحضانة فكان لكل مذهب ترتيبه الذي رآه باجتهاده معتمدا على النصوص، واتفقوا على أحقية الأم بالحضانة.

٥- للحضــانة شروط عامة في النساء والرجال مثل: الإسلام والبلوغ والعقل والثقة في الدين، والرشــد والقدرة على القيام بشــأن المحضــون وأمن المــكان، وألا يكون بالحاضن مرض يتضرر المحضون منه.

٦- وهناك شروط خاصة بالنساء مثل عدم تزوجها من أجنبي عن المحضون وأن تكون الحاضنة ذات رحم محرم من المحضون كأمه وأخته، فلا حضانة لبنات العم، وألا تمتنع الحاضنة عن إرضاع الطفل إذا كانت أهلًا له، وكان محتاجًا للرضاع ، وألا تقيم الحاضنة بالمحضون في بيت من يبغض المحضون ويكرهه.

٧- وهناك شروط خاصة بالرجال مثل أن يكون الحاضن محرمًا للمحضون إذا كانت المحضونة أنثى تشتهى ، كما يشترط لثبوت الحضانة للرجال أن يكون عنده نساء يقمن على شئون المحضون.

٨- يعتبر بيت الوالدين هو مكان الحضانة للمحضون في حالة إقامة الزواج، وفي حالة الطلاق وانقضاء عدة الزوجة المطلقة فمكان الحضانة هو البلد الذي يقيم فيه والد المحضون أو وليه.

٩- اختلف الفقهاء في بقاء الحضانة إلى ما بعد سن التمييز.

التوصيات

١-يجب الحرص على مراعاة حال المحضون والأصلح له وعدم إلحاق الضرر به بسبب اختلاف الزوجين.

٢- يجب عمل لجان اجتماعية لمراعاة ما يحدث ويستجد في أمور الحضانة.

٣- يوصي الباحث بتعاهد المحضون من خلال عمل زيارات لمعرفة ما يستجد من أمور تخصه ولا يستطيع نقلها، بحيث تقوم لجنة بعمل اللازم حيال ذلك.



ضوابط صلاحيات تصرف الإمام في الإلزام بالإباحة «تطبيقات معاصرة»

بحث محكم

إعداد د. حسن الهنداوي

عضو هيئة التدريس بقسم الفقه وأصوله

بالجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا

ملخص البحث

بيّن الباحث التالي:

تعريف الآتي:

الإباحة: «الإذن بإتيان الفعل كيف شاء الفاعل».

الإلزام: «إلزام الراعي للرعية»

جمهور الفقهاء على أن الأصل في الأشياء الإباحة، مع وجود استثناءات على هذا الأصل منها: أن الأصل في الأبضاع حُرمتها.

قصدُ الشارع من الإباحة؛ التخفيف والتيسير على المكلف، بتوسيع دائرة الإباحة، وذكر البحث عددا من الأدلة على ذلك.

لا يوجد نصّ صريح من الشارع يأذن فيه للإمام بالتصرف في الإباحة بتبديلها من التخيير إلى الإلزام بالفعل أو الترك، ولكن ورد في بعض التصرُّفات النبويّة في المباحات -مما لم يرد الاعتراض عليه في الكتاب- ما يفيد ضمنًا أنه يجوز أحيانًا لوليّ الأمر ذلك.

اختلاف الفقهاء في تصرف الإمام في الإباحة بين المنع والجواز.

إجماع ضمني للعلماء على أن للإمام تقييد المباح تحقيقا للتكافل الملزم من الناحية الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسيّة بضوابط منها:

أن يكون التصرف في مصلحة عامة لا خاصة.

أن يكون تصرّفا مؤقتا.

أن لا يعد تصرفه نسخا لحكم الإباحة.

أن التصـرّف في الإباحة وتقييدها يدخل ضـمن السياسة الشـرعية، التي يراد منها تدبير أمر الرعيّة والقيام على شؤونهم بما فيه مصلحتهم.

بيّن البحث بعض التطبيقات المعاصرة للتصرف في الإباحة منها:

المنع من ادخار الطعام إذا أصابت الناس مخمصة عامة.

التسعير.

الزواج من الكتابيات.

مقدمة

إنّ أصل الإباحة ملائم لهدْي الشارع الحكيم، ومناسب تمام المناسبة لمقصد الشريعة من التيسير على العباد، ورفْع الحرج عن المكلّفين، ووضع الإصر والأغلال التي كانت عليهم. ويظهر هذا الأمر واضحاً بيِّنًا جليًّا في كون الإباحة أوسع أحكام الشريعة إذا ما تمّت مقارنتها بما طلب الشارع فعْلُه أو الكفِّ عنه على وجه الحتم والإلزام، أو على وجه الندب والاستحباب؛ ولذلك كانت هي الأصل في الأشياء. ثمّ إنّ الشارع الحكيم قد أحاط الإباحة بأحكام من شأنها أن تحافظ عليها كما أرادها الشارع، فمَنْع الناسِّ من التدخل فيها حتى لا يضيّقون ما وُسِّع؛ فيه تخفيفًا منه وتيسيرًا يلائم الضعف الذي جُبلوا عليه، ﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْۚ وَخُلِقَ ٱلْإِنسَٰنُ ضَعِيفًا ٢٨ ﴾ (النساء). فيلاَحظ الناظر في عمومات النصوص الشرعية أنه لا يجوز لغير الشارع أن يتصرّف في الأحكام، ولا أحدَ غير الشارع يملك تبديل الأحكام وتغييرها؛ لأنّ ذلك يعدّ تصرّفًا في ما لا يملك الناس التصرّف فيه شرْعًا. فالحاكم هو الله جلّ جلاله؛ فله الأمر والنهي، والإيجاب والتحريم، وهو المتصرّف في التشريع حِلاًّ وإباحةً كما قال تعالى: ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ ١ ﴾ المائدة: ١، وقال تعالى: ﴿ إِنِ ٱلْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ ﴾ يوسف: ٤٠. وهو تصرُّفٌ مُطْلَقٌ؛ يحكم ولا معقِّب لحكمه. وعلى الرغم من ذلك، فقد يجوز أحيانا لوليّ الأمر أو ما يقابله في أنظمة الحكم الحديثة؛ مثل رئيس الدولة ما لا يجوز لغيره؛ فيتصرّف في بعض الأحكام المتصفة بالحلّ والإباحة، فيحول بين الناس وبين ذلك إما بالمنع منْها، أو الإلزام بها.

لكنّ هذا التصرّف ليس كما اتّفَق، ولا يكون تابِعًا للهوى يصرّفه الوالي كيف شاء، بل لابد من ضوابط تحكم هذا التصرّف حتى يكون ذلك خادِمًا لمقاصد الشارع، ومحقِّقًا لأهدافه وغاياته، بعيدًا عن اتباع الهوى، غيْر واقع في غايات مصادمة لإرادة الشارع، ومناقضة لمقاصده. فيعدّ تصرّف الإمام في الإباحة وضوابطه موضوعًا خليقًا بالبحث والدِّراسة؛ لتحديد هذه الضوابط، وبيانها أتمّ بيان؛ فضلًا عن ذكر بعض التطبيقات المعاصرة التي تصلح للتصرّف فيها بالمنع والإلزام باعتبارها أمثلة تطبيقية لضوابط التصرّف في الإباحة. وسبب أهميّة تحديد الضوابط الشرعية أنّ التصرّف في الإباحة بالحتم والإلزام، أو المنع والتحريم يتصادم مع مقصد الشارع من الإباحة المقتضية لتخيير المكلّف فيها بين الفعل والترك. بل إنّ سورة التحريم كان سبب نزولها على الراجح تصرّف الرسول صلى الله عليه وسلم في الإباحة بتحريم تناول العسل؛ كما ثبت ذلك في الصحيحين وغيرهما[1] فنزل قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَۖ تَبۡتَغِي مَرۡضَاتَ أَزۡوَٰجِكَۚ وَٱللَّهُ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ۝١﴾ التحريم: ١. فقد أنكر الله جلّ جلاله على نبيّه صلى الله عليه وسلم تصرُّفَه في تحريم ما أباحه الله، وعليه، فـ"ليس لأحد أنْ يمنع المباح عن أحد؛ إذ لا يكون أحدَ أرفقَ بالناس من الله تعالى"[2]، الذي أباح لهم ذلك.

الدِّراسات السّابقة:

إنّ موضوع الإباحة يتعرض له علماء الأصول ضمن حديثهم عن الحكم الشرعي والتفصيل في مسائله، ولكنّهم لا يتعرضون لبحث مسألة تصرُّف الإمام في الإباحة بالمنع والإلزام إلا في بعض كتب القواعد الأصولية أو الفقهيّة، لاسيما قاعدة "تصرُّف

---

(١) سيأتي تخريج الحديث مفصلاً لاحقاً.

(٢) ابن عاشور، محمد الطاهر: مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق ودراسة محمد الطاهر الميساوي (عمّان: دار النفائس، ١٩٩٩)، ص٢٨٦.

الإمام على الرعية منوط بالمصلحة". وحسب اطلاع الباحث، فإنّ من أهم الكتب التي تناولت موضوع الإباحة:

١ - كتاب "الفروق"(٣) للإمام القرافي؛ فإنه خصص "الفرق السادس والثلاثين" للحديث عن مختلف تصرفات الرسول صلى الله عليه وسلم بالفتوى والتبليغ والإمامة، ولكنه لم ينبه على تصرّفه في الإباحة.

٢ - كتابه "الموافقات في أصول الشريعة" للإمام الشاطبي، فإنه على الرغم من توسّعه في دراسة الإباحة، والتطرُّق إلى مسائل شتى في ذلك، لكنّه لم يذكر مسألة التصرّف في لإباحة من بينها.

٣ - كتاب "نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء: بحث مقارن"(٤)، لمحمد سلام مدكور، ويعدّ من أشمل الكتب المعاصرة وأكثرها استيعابًا لموضوع الإباحة ومسائله المتنوعة: حيث تعرّض لمسألة تقييد المباح، أو تصرّف الإمام في الإباحة، ومدى سلطة وليّ الأمر في تغيير الحكم من الإباحة وإليها؛ فضلاً عن الإشارة إلى آراء العلماء في مشروعيته، وفي لزوم طاعة الإمام في ما تصرَّف فيه من الإباحة منعًا وإلزامًا، إلا أن الكتاب لم يقتصر على الإباحة فقط؛ بل شمل أحكاما تكليفية أخرى؛ كالواجب، والمحرّمات؛ بناءً على أنّه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، وعلى قاعدة "تصرُّف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة".

والملاحظ أنّ معظم كتب أصول الفقه وكذلك كتب القواعد في الفقه وأصوله لم تتعرض لمسألة التصرف في الإباحة إلا نادرًا. ثم إنّ الذين كتبوا في الإباحة خاصة قد

(٣) القرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي: الفروق، تحقيق خليل منصور (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٨ هـ/١٩٩٨م) ج ١، ص ٣٥٧-٣٦١.

(٤) مدكور، محمد سلام: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء بحث مقارن (بيروت: دار النهضة العربية، ط٢، ١٩٨٤).

تطرق بعضهم وليس كلّهم للحديث عن تصرّف الإمام في الإباحة، دون تحديد واضح للضوابط التي ينبغي أن تتوفر في التصرف في الإباحة. وفي هذا البحث محاولة لتحديد ذلك حسب القدرة والاستطاعة. وعليه؛ فسيشمل البحث: بيان المقصد الشرعي من الإباحة، والحكمة من تشريعها؛ فضلاً عن بيان آراء العلماء في تصرّف الإمام في الإباحة وأدلتهم، ومناقشتها والترجيح بينها، ثم تحديد الضوابط المعتبرة في تصرّف الإمام في الإباحة، وأخيرًا الوقوف على بعض التطبيقات المعاصرة للتصرف في الإباحة.

تعريف الإباحة والمقصد الشرعي من تشريعها

الإباحة ترِدُ في اللغة بمعنى: الظهور، والإعلان، والإطلاق، والإذن باستعمال الشيء والانتفاع به. فيقال: باح بسرِّه إذا أظهره وأعلنه، ويقال كذلك: أبحته كذا، أي: أطلقته فيه، وأذنت له في استخدامه والانتفاع به. فـ"البوح ظهور الشيء، وباح الشيء ظهر، وباح به بوحًا وبؤوحًا، وبؤوحةً أظهره، وباح ما كتمه، أظهره"(٥). وأما اصطلاحًا فقد وردت تعريفات متنوعة لمعنى الإباحة بوصفها مصطلحًا أصوليًّا وفقهيًّا، والملاحظ أنها تختلف في معناها عند الأصوليين عما هي عليه عند الفقهاء. فترد الإباحة عند الأصوليين بمعنى: "التخيير بين فعل الشيء وتركه"(٦). وأما الفقهاء وخاصة الحنفيّة فإنهّم كثيرا ما يستعملون معنى الإباحة ضد الحظر؛ فالإباحة عندهم "ما أجيز للمكلّفين فعْلَه وتركه بلا استحقاق ثواب ولا عقاب أو مأخذ فيه"(٧). ولكن النتيجة واحدة؛

(٥) ابن منظور، محمد بن مكرم: لسان العرب، تحقيق جماعة من العلماء (مصر: دار المعارف، ١٩٧٤)، ج٤، ص٤١٤١.

(٦) الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد: المستصفى من علم الأصول، تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي (بيروت: دار الكتب العلميّة، ١٩٩٣)، ص٦٥.

(٧) مدكور، محمد سلام: نظرية الإباحة عند الفقهاء والأصوليين (مصر: دار النهضة العربية، ١٩٨٤)، ص٤٥.

سواءً أكان تخييرًا أم جوازًا؛ فلا ثواب ولا عقاب على المباح؛ اتِّفاقًا، ما لم تقترن به نيّة تَصْرِفه من الإباحة إلى الأحكام التكليفيّة الأخرى تبعًا؛ لنيّة الفاعل. وأما أغلب الفقهاء فقد استعملوا الإباحة بمعنى الإذن؛ بناءً على أنّ "الإباحة الإذن بإتيان الفعل كيف شاء الفاعل"(٨). وهذا المعنى الأخير هو الذي يتناسب مع ما نحن بصدده، ولا سيما أنّ من معاني الإباحة في اللغة: "الإذْن مطلقا". وهذا ما ذهب إليه الإمام الزركشي؛ حيث ترجم لهذه المسألة بقوله: "الأصل في المنافع الإذْن"(٩). فعبّر عن الإباحة بما يرادفها؛ ولذا يمكن القول بأنّ الأصل في الأشياء الإباحة أو الإذن. وبما أنّ البحث لا يُعنى ببيان ما الأصل في الأشياء؟ ولا الخوض في هذه المسألة؛ فإنّ الذي يترجّح لديّ هو القول بأنّ الأصل في الأشياء الإباحة؛ كما هو قول الجمهور(١٠).

ويستثنى من أصل الإباحة الأبضاع؛ إذ القاعدة فيها أنّ "الأصل في الأبضاع التحريم"؛ حتى لا يُفهَم من أنّ الأصل في الأشياء الإباحة على الإطلاق والعموم دون تقييد أو تخصيص، بل هذه الإباحة لها حدودها وضوابطها؛ مما يحقق مصلحة العباد جميعًا؛ دون ضرر أو ضرار. والسبب في ذلك، أنّ الإسلام قد وضع ضوابط وحدودًا للتصرّف في الأبضاع؛ فهي خارجة عن أصل الإباحة. ولذا؛ فلابد في استباحة الأبضاع من دليل شرعي، ويكون ذلك عن طريق النكاح الشرعي. وبناءً على ذلك؛ قرر الفقهاء

(٨) الجرجاني، التعريفات (بيروت: دار الكتاب العربي، ١٩٨٨)، ص٣.

(٩) الزركشي، بدر الدين، البحر المحيط في أصول الفقه، تحقيق جماعة من العلماء (الكويت: وزارة الأوقاف، ١٩٩٣)، ج٦، ص ١٢.

(١٠) انظر: الزركشي، بدر الدين، البحر المحيط في أصول الفقه، تحقيق جماعة من العلماء (الكويت: وزارة الأوقاف، ١٩٩٣)، ج٦، ص٢١/ مدكور، محمد سلام: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء بحث مقارن - مرجع سابق -، ص ٣٢ وما بعدها / الهنداوي، حسن بن إبراهيم: الاجتهاد الاستصحابي وأثره في الفقه الإسلامي (بيروت: مؤسسة الرِّسالة، ٢٠٠٤)، ص ٩٨ وما بعدها.

"أنّ الأصــل في النكاح الحظر"[11]. وقد أشــار الإمام الشافعي إلى معنى هذه القاعدة بقوله:"كل النســاء محرّمــات الفروج إلا بواحد من المعنيــين؛ النكاح، والوطء بملك اليمــين. وهما المعنَيَان اللذان أذن الله فيهما"[12]. والناظر في مقاصــد الشريعة وعموم أدلتهــا يلاحِــظ أنّ الشــارع الحكيم قد راعى في النــكاح خلوَّ المرأة مــن نكاح الغير، وشُرعت العِدّة لها من أجل استبراء رحمها؛ ناهيك عن تأكد خلوِّ رحمها من ماء رجل آخر. وقد عبّر عن ذلك الإمام الجوينــي بقوله:"فإنّ الغرض الأظهر في إحلال النكاح وتحريم السِّــفاح؛ أنْ يختصــ كلُّ بَعْل بزوجته، ولا يزدحم ناكحــان على امرأة فيؤدي ذلك إلى اختلاط الأنساب"[13]. والعبادات أيضا مستثناة من قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة تمسّكا ببراءة الذمة في العبادات. فالتمسّك بالبراءة الأصلية في مسائل العبادات يؤدي إلى المحافظة عليها من البدع سواءً أكانت إضافية أم حقيقية[14]. وتماشيًا مع هذا الأصــل قرر الفقهاء أنّ الأصــل في العبادات الحظر أو التوقيف من صــاحب الشرع؛ "فإنّ الله قد حرّم أنْ يُشْرَع من الدِّين ما لم يأذن به. فلا يشرّع عبادة إلا بشرع الله"[15].

فإذا تقرر ذلك، نقول إنّ قصد الشارع من الإباحة التيسير والتخفيف؛ حتى لا يلحق

(١١) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، (دمشق: دار الفكر، ١٩٨٣)، ص٦٧.

(١٢) الشافعي، محمد بن إدريس: الرسالة، تحقيق أحمد محمّد شاكر (بيروت: المكتبة العلميّة، د.ت)، ص ٢٠٩.

(١٣) الجويني، أبو المعالي عبد الملك، غياث الأمم في التياث الظلم، تحقيق عبد العظيم الذيب (قطر: مطابع الدوحة الحديثة، ١٩٧٩)، ص٣٧١.

(١٤) المقصود بالبدع الإضافية في العبادات أنْ يكون أصل العبادة مشروعًا. ثم تقع الزيادة فيها، فتحرف عن أصلها وصورتها الشرعية. وأما البدع الحقيقية في العبادات فتكون بابتداع وإحداث عبادة لا أصل لها في الشريعة. وقد أشار الرسول صلى الله عليه وسلم إلى الإحداث في العبادات بقوله: "ومن أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو ردّ". انظر: الشاطبي، أبو إسحاق: الاعتصام (بيروت: دار إحياء التراث، ١٩٩٧)، ج٢، ص٢٦٢ وما بعدها.

(١٥) ابن تيمية، أبو العباس أحمد بن عبد الحليم، القواعد النورانية الفقهية، تحقيق محمد حامد الفقي (لاهور: إدارة ترجمان السنة، ط٢، ١٩٨٢)، ص ٢٢٣. وهذا الحظر أو التوقيف في أمور العبادات مناسب لأصل براءة الذمة من أيّ تكليف، ومحققٌ لقصد الشارع من العبادات بأن تؤدّى كما جاء بها الشارع دون زيادة أو نقصان، ومن ثَمّ فَهي مُخصَّصَة من أصل الإباحة؛ فلا عبادة إلا بنصّ من الشّارع قرآنًا أو سنّة.

المكلّف أيّ عنت جرّاء الالتزام بأحكام الشريعة وآدابها؛ إذ لم يكن الشّارع قاصدًا إلى تعذيب العباد، والانتقام منهم. بل حتى من ألزم نفسه بمشقّة لم يقصدها الشّارع مثل تحريم المباح فقد ناقض قصْدَ الشّارع الحكيم؛ كما هو في حديث النذر. فـ"عن ابن عباس رضي الله عنه قال: "بينا النبي صلى الله عليه وسلم يخطب، إذا هو برجل قائم، فسأل عنه، فقالوا: أبو إسرائيل، نذر أن يقوم ولا يقعد، ولا يستظل، ولا يتكلم، ويصوم. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: مُرْهُ فليتكلم وليستظل وليقعد، وليتمّ صومَه"[(16)]. فأبطل الرسول صلى الله عليه وسلم ما فعله المكلَّف ظنًّا منه أنه قربة إلى الله تعالى؛ وهو تحريم القعود، والاستظلال، والكلام؛ وهي من المباحات. وأبقى ما فيه قربة حقيقية لا وهميّة؛ وهو الصوم الذي جعله الشّارع على قسمين: فرض، ونفل. والذي يظهر بأنّ الحكمة من هذا التصرّف النبوي أنّ تحريم المباح فيه تعريض النفس للتعذيب، وإيقاعها في الحرج وجلب العَنَتِ إليها، وهو خلاف قصْدِ الشّارع من رفع الحرج ووضع العنت، ومناقضةُ قصْد الشارع باطلة.

بل إنّ الرسول صلى الله عليه وسلم قد صرّح أنّ المكلّف إذا قصد تحريم المباح على نفسه فإنّه تعذيبٌ لها، والله غنيٌّ عن أن يتقرّب المكلّف إلى الله جلّ جلاله بتعذيب نفسه؛ كما قال تعالى: ﴿مَّا يَفْعَلُ ٱللَّهُ بِعَذَابِكُمْ إِن شَكَرْتُمْ وَءَامَنتُمْ ۚ وَكَانَ ٱللَّهُ شَاكِرًا عَلِيمًا ﴿١٤٧﴾﴾ النساء: ١٤٧. فـ"عن أنس أنّ النبي صلى الله عليه وسلم رأى شيخًا يُهادَى بين ابنيه. فقال: ما بال هذا؟ قالوا: نذر أن يمشي. قال: إن الله عن تعذيب هذا لغنيٌّ.

(١٦) البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل: الصحيح، ترقيم وترتيب محمد فؤاد عبد الباقي (القاهرة: دار الحديث، ١٤٣٣ هـ/ ٢٠١١ م)، ص ١٠٧٦. وقد رواه في كتاب الأيمان والنذور، باب النذر فيما لا يملك وفي معصية، ورقم الحديث ٦٧٠٤.

وأمره أن يركب. وفي رواية أخرى، "إنَّ اللهَ لغنيٌّ عن تعذيبِ هذا نفسَـهُ"[١٧]. فجعل الشــارع الامتناع من فعل المباح، وتحريم ذلك من تعذيب النفس، وإلحاق العنت بها. وهو مخالف لقصد الشّــارع، ومناقضٌ لتصرّفاته في سنِّ الأحكام وتشريعها، ومضادٌّ للتخفيف الذي قصــده الشّارع وارتضاه لعباده كما في قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْۚ وَخُلِقَ ٱلْإِنسَٰنُ ضَعِيفًا ﴿٢٨﴾﴾ النساء: ٢٨. فجعل التخفيف إرادة للشارع، وعلّل ذلك بضعف الإنسان عن تحمُّل الأحكام التي فيها مشقة غير معتادة تبلغ حدّ العنت والحرج.

ناهيك عــن أنّ الإباحة فيها توسـعة علــى المكلّف ورحمة من الشــارع، وفي ذلك تخفيفٌ عنه أيَّما تخفيف. وقد أشار الإمام الشافعي إلى هذا المقصد الشرعي في المباح، فقال: "وبيّن فيه (يقصــد القرآن) ما أحلّ منّا بالتوسعة على خلقه"[١٨]. وتماشيًا مع هذا المقصــد الشرعي الحكيم كان الأصل في الأشــياء الإباحة. ومعنى ذلك أننا إذا وجدنا عيْنًا من الأعيان ولم نجد مانِعًا من الانتفاع بها من جهة الشرع أقدمْنا على الانتفاع بها؛ بناءً على حكم الأصــل وهو الإباحة. وقد تضافرت أدلة كثيرة للدلالة على هذا المعنى؛ فمنها قوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا ﴿٢٩﴾﴾ البقرة: ٢٩. ووجه الدلالة فيهــا أن الله امتنَّ على عباده بما خلق لهم واختصــهم بالانتفاع بمــا في الأرض جميعًا، وأبــاح لهم مــا في ملكه. وقوله تعالــى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِىٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزْقِ﴾ الأعراف: ٣٢. ووجه الدلالة فيها أنّ الله خلق الطيبات للتمتع بها والانتفاع بزينتها، لا لتكون محرمــة على الناس. ناهيك عن قوله تعالــى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِى مَآ أُوحِىَ إِلَىَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُۥ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ

(١٧) المرجع نفسه، ص ٣٠١. وقد رواه في كتاب جزاء الصيد، باب من نذر المشي إلى الكعبة، ورقم الحديث ١٨٦٥. النيسابوري، أبو الحسين مسلم بن الحجّاج: الصحيح (القاهرة: دار الحديث، ١٤٢٢ هـ/ ٢٠٠١ م)، ص ٤٣٠. وقد رواه في كتاب النذر، باب من نذر أن يمشي إلى الكعبة، ورقم الحديث ١٦٤٢.

(١٨) الشافعي، محمد بن إدريس: الرسالة، تحقيق أحمد محمّد شاكر (بيروت: المكتبة العلميّة، د.ت)، ص ١٧.

لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ ﴿١٤٥﴾﴾ الأنعام: ١٤٥ . ففي هذه الآية جُعِل الأصل الإباحة، والتحريمُ مثنوية منه. وكذلك قوله تعالى: ﴿وَسَخَّرَ لَكُم مَّا فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَمَا فِي ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا مِّنْهُ ﴿١٣﴾﴾ الجاثية: ١٣. مع قوله تعالى: ﴿وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُواْ مِمَّا ذُكِرَ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيرًا لَّيُضِلُّونَ بِأَهْوَآئِهِم بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِٱلْمُعْتَدِينَ ﴿١١٩﴾﴾ الأنعام: ١١٩. فما هو محرّم فصَّل في ذكره لقلته وإمكان حصره. وأما المباح فترك تفصيله؛ إذ لا حاجة إلى ذكره لكثرته، وتجدُّده بآختلاف الليل والنهار.

فضلًا عن ذلك؛ وردت طائفة من الأحاديث النبوية وهي كثيرة جدًّا مؤكدة لما ورد في محكم التنزيل، ومنها قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "الحلال ما أحلّه الله في كتابه والحرام ما حرّم الله في كتابه، وما سكت عنه فهو مما عفا لكم"[١٩]. ففي هذا الحديث إشارة جلية إلى أنّ ما سكت عنه الشارع فهو مباح لأنه معْفوٌّ عنه من قبل الشارع. ناهيك عن قول الرسول الله صلى الله عليه وسلم: "إنّ أعظم المسلمين في المسلمين جُرْمًا من سأل عن شيء لم يحرَّم فحُرِّم من أجل مسألته"[٢٠]. فهذا الحديث بيِّنٌ الدلالة في أنّ كثرة السؤال في عصر التشريع تؤدي إلى تضييق دائرة المباح؛ فضلًا عن تضييق دائرة العفو؛ إذ السؤال عنها قد يؤدي إلى تحريمها بعد أنْ كانت مباحة أو معفوًّا عنها. "وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يكره كثرة السؤال فيما لم ينزل فيه حكم بناءً على حكم البراءة الأصليّة"[٢١]. ومما يزيد هذا الأمر متانة وقوةً حديث

(١٩) الدارقطني، علي بن عمر: سنن الدارقطني، تحقيق عبد الله هاشم يماني المدني (القاهرة: دار المحاسن، ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م)، ص٤٤٢.

(٢٠) رواه البخاري في كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، ج٢٧، ص٢٦، ورقمه: ٧٢٨٩، مع شرحه فتح الباري. ومسلم، كتاب الفضائل، ج٤، ص١٨٣١، رقمه: ٢٣٥٨، واللفظ له. وقد ورد هذا الحديث في صحيح الإمام ابن حبّان بصورة أكثر تفصيلا من الطريق نفسه، بلفظ: "إنّ أعظم المسلمين في المسلمين جُرْمًا من سأل عن مسألة لم تحرّم، فحرّم على المسلمين من أجل مسألته". انظر: الفارسي، علاء الدين علي بن بلبان، الإحسان في تقريب صحيح ابن حبّان، تحقيق شعيب الأرنؤط (بيروت: مؤسسة الرّسالة، ١٩٨٨)، ج١، ص ٢١٣.

(٢١) الشاطبي، أبو إسحاق، الموافقات، تحقيق حسنين مخلوف (بيروت: دار المعرفة، ١٩٧٥)، ج١، ص١٠٨.

الرسـول صـلى الله عليه وسـلم :"ذروني ما تركتكم، فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم، فإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم، وما نهيتكم عنـه فدعوه"[٢٢]. فهذا الحديث - كما قال ابن حـزم -: "جمع جميع أحكام الدين؛ أولها عن آخرها. ففيه أنّ ما سكت عنه فلم يأمر به ولا نهى عنه فهو مباح، وليس حرامًا ولا فرضًا. فالشريعة كلّها إمَّا فرض يعصي من تركه، وإمَّا حرام يعصي مَن فَعَلَه، وإمَّا مباح لا يعصـي من فَعلَه ولا تركَه. وهذا المباح ينقسـم ثلاثة أقسـام؛ إمَّا مندوب إليه يُؤْجَر مَن فعله، ولا يعصـي من تركه، وإمَّا مكروه يُؤْجَر من تركَه ولا يعصي من فعله، وإمَّـا مُطْلَق لا يُؤْجر مَن فعلَه ولا من تركَه، ولا يعصـي من فعلَه ولا من تركَه. قال عز وجلّ: ﴿ هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا ﴾ وقال: ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ ﴾ الأنعام: ١١٩. فصح أنّ كلّ شيء حلال إلا ما فصّل تحريمه في القرآن والسنّة"[٢٣].

وزيادة على ذلك؛ الحديث الذي رواه أبو الدرداء رضـي الله عنه ؛ قال: قال رسول الله صـلى الله عليه وسـلم: "إنّ الله افترضـ عليكم فرائض فلا تضـيّعوها، وحدّ لكم حدودًا فلا تعتدوها، ونهاكم عن أشياء فلا تنتهكوها، وسكت عن أشياء من غير نسيان فلا تكلّفوها رحمةً من ربِّكم فاقبلوها". وفي رواية أبي ثعلبة الخشـني رضـي الله عنه "...وسـكت عن أشـياء من غير نسـيان فلا تبحثوا عنها"[٢٤]. فمقتضى هذا الحديث: أنّ ما سـكت عنه الشـارع ، فلم يأمر ولم ينه عنه فهو معفوٌّ عنه، ومِن ثَمَّ يُعدّ "سكوت الشـارع تقريرًا لما عليه الناس؛ فلذلك كانت الإباحـة أكثر أحكام الشريعة، لأنّ أنواع

(٢٢) البخاري: الصحيح، - مرجع سابق -، ص ١١٦٨. وقد رواه في كتاب الاعتصام، باب الاقتداء بسنن النبي، الحديث رقم: ٧٢٨٨.

(٢٣) ابن حزم، علي بن أحمد، المحلى، تحقيق أحمد محمد شاكر (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط٢، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م) ج١، ص ٦٢.

(٢٤) الدارقطني، علي بن عمر: سنن الدارقطني، - مرجع سابق -، ص ٢٣٤، الحديث رقم: ٤٤٤٣.

متعلقاتها لا تنحصر"[٢٥]. فهي متباينة؛ نظرا لتباين حاجات الناس ومصالحهم في ما يتعلق بالعادات والمعاملات، واختلافها باختلاف الزمان والمكان؛ فسكت عنها الشارع الحكيم رفقًا بالعباد ودفعًا للحرج عنهم. فالحاصل: أنّ "الأحكام في الإسلام لا تخرج عن دائرتين اثنتين؛ دائرة المباح أوّلا، ودائرة الإلزام ثانيًا. وبقدْرِ ما تضيق الثّانية تتسع الأولى، وبقدر ما تتسع تضيق. وتدلنا النصوص على أنّ توسيع دائرة الإلزام ليس من مقصودات الشريعة؛ بل إنّ العكس هو الصحيح. بمعنى أنّ الشريعة تقصد إلى توسيع دائرة المباح، وتشدد النكير على من يضيّقها"[٢٦]. ومن ثَمَّ يتبيّن لنا قصْد الشارع وحكمته من النهي عن أنْ يكون المسلم سُؤَلة؛ لاسيما في عصر التنزيل، حتى لا تؤدي كثرة السؤال إلى تحريم ما سكت عنه الشارع؛ كما قال تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَسۡـَٔلُواْ عَنۡ أَشۡيَآءَ إِن تُبۡدَ لَكُمۡ تَسُؤۡكُمۡ وَإِن تَسۡـَٔلُواْ عَنۡهَا حِينَ يُنَزَّلُ ٱلۡقُرۡءَانُ تُبۡدَ لَكُمۡ عَفَا ٱللَّهُ عَنۡهَاۗ وَٱللَّهُ غَفُورٌ حَلِيمٞ ١٠١ ﴾ المائدة: ١٠١. فتبيّن لنا من مجموع ما ذكر من آيات وأحاديث: أنّ من مقاصد الشريعة الكبرى المحافظة على دائرة المباح الواسعة من أنْ تُنتقَص من أطرافها، ويُضيَّق من محيطها؛ فما كان من الشارع الحكيم إلا أنْ نهى عن كثرة السؤال؛ لأنه سبب مباشر لتحريم المباح الذي سكت عنه الشارع رحمةً منه، لا سهوًا ولا نسيانًا، وما كان ربّك نسِّيًا. بل على المكلف أن ينال حظه من المباح، ولا يضيّق على نفسه فيه بحيث يلحقه الحرج؛ لأنّ في ذلك مخالفة لمقام الأدب مع الله تعالى. فـ"هذه النعم هدايا من الله للعبد، وهل يليق بالعبد عدم قبول هديّة السيّد؟! هذا غير لائق في محاسن

(٢٥) ابن عاشور، محمد الطاهر: مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق ودراسة محمد الطاهر الميساوي (عمّان: دار النفائس، ١٩٩٩)، ص٢٥١.

(٢٦) ياسين، عبد الجواد: السلطة في الإسلام العقل الفقهي السلفي بين النص والتاريخ (الدار البيضاء وبيروت: المركز الثقافي العربي، ١٩٩٨)، ص ١٦.

العادات ولا في مجاري الشرع ؛ بل قصْدُ المهدي أن تُقْبل هديّته"[٢٧]. فالأخذ بنصيب من المباحات موافق لقصد الشارع .

وصــفوة القول إنّ لدائرة المباح أهميّة كبرى في الشريعة الإسلاميّة، وإنّ من مقصود الشــارع المحافظة عليها؛ لأنّ الشارع الحكيم قد اعتبرها؛ "إذ ليس لأحد أنْ يمنع المباح عن أحد؛ إذ لا يكون أحد أرفق بالناس من الله تعالى"[٢٨]؛ الذي أباح لهم ذلك. فيتضّحُ لنا جليًّا: أنّ الشــارع قد قصــد توســيع دائرة المباح ؛ لأنّ هذا يتناسب أيضا مع تسخير ما في الســموات وما في الأرض للإنســان تيســيرًا وتخفيفًا عن العباد. وبالمقابل؛ فإنّ توســيع دائرة المنهيات يتعارض مع تسخير الكون وإباحة الانتفاع بما فيه؛ فضلا عن أنّ "الشريعة لا تشــتمل على نكاية بالأمة"[٢٩]؛ مما اقتضى أنْ تكون "الإباحة أكثر أحكام الشريعة؛ لأنّ أنواع متعلقاتها لا تنحصر"[٣٠]. ولله في ذلك الحكمة البالغة.

مشروعية الإلزام في المباحات:

يُســتعمل لفظ الإلزام بمعنى الإيجاب على الغير، وحمْلِه على فعل أمر أو تركه[٣١]، ومــن ذلك: التكليف الشرعي. حيــث عرّفه ابن عقيل بقوله:"اعلــم أنّ حدّ التكليف إلزام ما على العبد فيه كُلْفة ومشقّة، إمّا في فعله أو في تركه"[٣٢]. وقد آثرت استخدام

(٢٧) الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى: الموافقات في أصول الشريعة، شرح عبد الله دراز (بيروت: دار الكتب العلميّة، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م)، مج ١، ج ١، ص ٨٩.

(٢٨) ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلاميّة، -مرجع سابق-، ص٢٨٦.

(٢٩) المرجع نفسه، ص٢٣٩.

(٣٠) المرجع نفسه، ص ٢٤٣.

(٣١) للمزيد من الاطلاع؛ انظر: الربيع، وليد خالد: الإلزام في مسائل الأحوال الشخصية: دراسة فقهيّة مقارنة (الأردن: دار النفائس، ٢٠٠٧)، ص ١٩ وما بعدها.

(٣٢) ابن عقيل، أبو الوفاء علي: الواضح في أصول الفقه، تحقيق جورج مقدسي (بيروت: الشركة المتحدة للتوزيع، ١٤١٧هـ/١٩٩٦م)، ج ١، ص ٣٤.

لفظ الإلزام بدلا من الإيجاب؛ تجنُّبًا لما قد يقع من اللبس والخلط بين اللفظين؛ لما بينهما من الاشتراك في المعنى. فلفظ الواجب ارتبط بالتكاليف الشرعيّة، وإذا أُطْلِق في كتب علماء الشريعة فإنّ المعنى ينصرف مباشرة إلى الحكم الشرعي. وإن كان الإيجاب فيه معنى الإلزام لكنه إلزام من الله جلّ جلاله للعبد المكلّف. وأما الإلزام المقصود في هذا البحث فهو: إلزامٌ من العبد للعبد، أو إلزام الراعي للرعية. ومعنى ذلك: أنّ الخليفة أو الإمام أو رئيس الدولة يَحْمِل الرعية أو الشعب على فعل أمر أو تركه على وجه الحتم واللزوم مما لم يكن لازمًا من عند الشارع؛ بل كان مباحا لا إلزام لا في الفعل ولا في الترك. فالمقصود بتصرّف الإمام في الإلزام بالإباحة: أنه يحقّ للإمام أن يتصرّف في الأمور المباحة بحيث يحمل الناس على فعلها أو تركها على وجه اللزوم، وإن كان الأصل فيها التخيير بين الفعل والتَّرك. فإذا كان ذلك كذلك؛ فهل يشرع للإمام أن يتصرّف في الإباحة فيُلْزِم الناس بفعلها أو تركها؟

وإجابة عن ذلك أقول: إنه لا يوجد نصٌّ صريح من الشارع يأذن فيه للناس أن يتصرّفوا في الإباحة فيبدِّلوا حكمها من التخيير إلى الإلزام. ولعلّ سبب ذلك: أنّ التصرّف في الإباحة بالحتم والإلزام أو المنع والتحريم يتصادم مع مقصد الشارع من الإباحة المقتضية لتخيير المكلّف فيها بين الفعل والترك. ناهيك عن أنّ الشارع الحكيم قد أحاط الإباحة بأحكام من شأنها أن تحافظ عليها كما أرادها الشارع؛ فمنع الناسَ من التدخل فيها حتى لا يضيّقون ما وُسِّع فيه؛ تخفيفًا منه وتيسيرًا. فلا يجوز لغير الشارع أن يتصرّف في الأحكام والإباحةُ منها، ولا أحد غير الشارع يملك تبديل الأحكام وتغييرها؛ لأنّ ذلك يعدّ تصرّفًا في ما لا يملك الناس التصرّف فيه شرعًا. بل جاء في القرآن الكريم نصًّا صريحًا: أنّ من تصرّف في الإباحة فإنّ ذلك افتراء على الله وكذب

عليه. قال تعالى: ﴿ قُلْ أَرَءَيْتُم مَّآ أَنزَلَ ٱللَّهُ لَكُم مِّن رِّزْقٍ فَجَعَلْتُم مِّنْهُ حَرَامًا وَحَلَٰلًا قُلْ ءَآللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى ٱللَّهِ تَفْتَرُونَ ﴿٥٩﴾ وَمَا ظَنُّ ٱلَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى ٱللَّهِ ٱلْكَذِبَ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ إِنَّ ٱللَّهَ لَذُو فَضْلٍ عَلَى ٱلنَّاسِ وَلَٰكِنَّ أَكْثَرَهُمْ لَا يَشْكُرُونَ ﴿٦٠﴾ ﴾ يونس. "يقول: كل رزق لم أحرِّم حرّمتموه على أنفسكم من نسائكم وأموالكم وأولادكم (آلله أذن لكم) في ما حرمتم من ذلك (أم على الله تفترون)"[٣٣]. فليس لكائن مَن كان أن يحرّم على العباد ما أحلَّ الله تعالى لهم.

ثم إنّ الله عزّ وجلّ قد أنكر على الذين حرّموا ما أباحه من الزينة، فقال تعالى: ﴿ يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ خُذُواْ زِينَتَكُمْ عِندَ كُلِّ مَسْجِدٍ وَكُلُواْ وَٱشْرَبُواْ وَلَا تُسْرِفُوٓاْ إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلْمُسْرِفِينَ ﴿٣١﴾ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِيٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزْقِ قُلْ هِيَ لِلَّذِينَ ءَامَنُواْ فِي ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا خَالِصَةً يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ كَذَٰلِكَ نُفَصِّلُ ٱلْأٓيَٰتِ لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ﴿٣٢﴾ ﴾ الأعراف: ٣١ - ٣٢. بل إنّ الشارع قد جعل تحريم ما أباحه من الطيِّبات تَعدٍّ وظلم لأحكامه، فقال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُحَرِّمُواْ طَيِّبَٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوٓاْ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْمُعْتَدِينَ ﴿٨٧﴾ وَكُلُواْ مِمَّا رَزَقَكُمُ ٱللَّهُ حَلَٰلًا طَيِّبًا وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِيٓ أَنتُم بِهِۦ مُؤْمِنُونَ ﴿٨٨﴾ ﴾ المائدة: ٨٧ - ٨٨. وبالإضافة إلى ذلك، فقد قال تعالى: ﴿ ٱتَّخَذُوٓاْ أَحْبَارَهُمْ وَرُهْبَٰنَهُمْ أَرْبَابًا مِّن دُونِ ٱللَّهِ وَٱلْمَسِيحَ ٱبْنَ مَرْيَمَ وَمَآ أُمِرُوٓاْ إِلَّا لِيَعْبُدُوٓاْ إِلَٰهًا وَٰحِدًا لَّآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ سُبْحَٰنَهُۥ عَمَّا يُشْرِكُونَ ﴿٣١﴾ ﴾ التوبة: ٣١. ومعناه: أنهم "جعلوا أحبارهم ورهبانهم كالأرباب حيث أطاعوهم في كلّ شيء"[٣٤]، فأنزلوهم منزلة ربّهم، فقبلوا عنهم ما حرّموه وما أحلّوه مما لم يحرمه الله تعالى ولم يحِلّه، فتحريم المباح من العباد تألُّهٌ على الله جلّ جلاله، وافتراءٌ على ما لم يشرعه.

---

(٣٣) الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير: جامع البيان في تأويل آي القرآن (بيروت: دار الكتب العلميّة، ١٩٩٩)، ج ٦، ص ٥٧١.

(٣٤) القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد: الجامع لأحكام القرآن، تحقيق محمد إبراهيم الحفناوي (القاهرة: دار الحديث، ٢٠١٠)، ج ٤، ص ٤٦١.

وأيضًا لا يوجد نصّ صريح من الشارع يأذن فيه للإمام أو الخليفة أن يتصرّف في الإباحة فيبدِّل حكمها من التخيير إلى الإلزام بالفعل أو الترك. ودليل ذلك: أنّ الرسول صلى الله عليه وسلم إمام المسلمين قد تصرّف في الإباحة بتحريم العسل، فنزل قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَۖ تَبۡتَغِي مَرۡضَاتَ أَزۡوَٰجِكَۚ وَٱللَّهُ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ١﴾ التحريم. فأنكر الله جلّ جلاله على نبيّه صلى الله عليه وسلم تصرُّفه في تحريم ما أباحه الله، وأذن في الانتفاع به. ففي الصحيحين، وغيرهما عن "عبيد بن عمير يقول: سمعت عائشة رضي الله عنها: أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يمكث عند زينب بنت جحش، ويشرب عندها عسلاً، فتواصيت أنا وحفصة أنّ أيّتُنا دخل عليها النبي صلى الله عليه وسلم فلتقل: إني أجد فيك ريح مغافير. أكلت مغافير، فدخل على إحداهما، فقالت له ذلك، فقال: بل شربت عسلاً عند زينب بنت جحش، ولن أعود له. فنزلت: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَۖ تَبۡتَغِي مَرۡضَاتَ أَزۡوَٰجِكَۚ وَٱللَّهُ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ١﴾ التحريم: ١ لعائشة وحفصة: إذ أسر النبي إلى بعض أزواجه. لقوله: بل شربت عسلاً"[٣٥]. والحاصل: أنه لا يوجد نصّ شرعي صريح لا في حقّ الراعي ولا الرعيّة أن يتصرفوا في المباحات فيبدّلوا حكمها إلى الإلزام؛ إما بفعلها، أو تركها.

ولكن ورد في بعض التصرُّفات النبويّة في المباحات مما لم يرد الاعتراض عليه في الكتاب ما يفيد ضمنًا أنه يجوز أحيانًا لوليّ الأمر، أو ما يقابله في أنظمة الحكم الحديثة؛ مثل رئيس الدولة ما لا يجوز لغيره؛ فيتصرّف في بعض الأحكام المتصفة بالحلِّ والإباحة، فيحول بين الناس وبين ذلك إما بالمنع منها أو الإلزام بها قياسا على تصرّف

---

(٣٥) البخاري: الصحيح، - مرجع سابق -، ص ٨٨٠. وقد رواه في كتاب الطلاق، باب: ﴿لم تحرِّم ما أحل الله لك﴾، ورقم الحديث ٥٢٦٧. ومسلم: الصحيح، - مرجع سابق -، ص ٣٦٩. وقد رواه في كتاب الطلاق، باب وجوب الكفارة على من حرم امرأته ولم ينو الطلاق، ورقم الحديث ١٤٧٤.

الرسـول صلى الله عليه وسـلم. ولعلّ مِن أَبْيَنِها دلالة على تصرّف الرسول صلى الله عليه وسـلم في الإباحة: حديث لحوم الأضـاحي. ففي صحيح الإمام البخاري: "عن سـلمة بن الأكوع، قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: من ضحَّى منكم فلا يصبحنَّ بعـد ثالثة وفي بيته منه شـيء. فلما كان العـام المقبل، قالوا: يا رسـول الله، نفعل كما فعلنا عام الماضـي؟ قال: كلـوا وأطعموا وادَّخروا؛ فإنَّ ذلك العـام كان بالناس جهد، فأردت أن تُعينوا فيها"[٣٦]. وفي صحيح مسلم: "عن عبدالله بن واقد. قال: نهى رسول الله صـلى الله عليه وسـلم عن أكل لحوم الضحايا بعد ثلاث. قال عبدالله بن أبي بكر: فذكرت ذلك لعَمْرة، فقالت: صـدق. سمعت عائشة تقول: دف أهل أبيات من البادية حضرة الأضـحى، زمن رسول الله صلى الله عليه وسـلم. فقال رسول الله صلى الله عليه وسـلم: ادّخروا ثلاثا. ثم تصدقوا بما بقي. فلما كان بعد ذلك قالوا: يا رسول الله! إن الناس يتخذون الأسقية من ضحاياهم ويُجْمِلون منها الوَدَك. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (وما ذاك؟) قالوا: نهيتَ أن تؤكل لحوم الضحايا بعد ثلاث. فقال: إنما نهيتكم من أجل الدَّافة التي دفت. فكلوا، وادخروا، وتصدقوا"[٣٧].

ففـي هذا الحديث دلالةٌ بيّنةٌ على أنّ الرسـول صـلى الله عليه وسـلم قد تصرّف في إباحة ادِّخار لحوم الأضـاحي، فألزم الناس بترك الادِّخار فوق ثلاثة أيام لمصـلحة اقتضـت ذلك. فلما زالت تلك المصلحة المقتضية لمنع الادِّخار مدّة معلومة عاد الممنوع علـى الإباحة كمـا كان. فهذا التصرف النبـوي في الادِّخار لم يَرِدْ بشـأنه قرآنٌ، على خلاف تحريم شرب العسـل الذي قد ورد بشـأنه قرآنٌ ينكر على الرسـول صـلى الله

(٣٦) البخاري: الصحيح، - مرجع سابق -، ص ٩٢٦. وقد رواه في كتاب الأضاحي، باب: ما يؤكل من لحوم الأضاحي وما يُتزوَّد منها. ورقم الحديث ٥٥٦٩.

(٣٧) مسلم: الصحيح، - مرجع سابق -، ص ٥١٥. وقد رواه في كتاب الأضاحي، باب: بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث في أول الإسلام. وبيان نسخه وإباحة إلى متى شاء، ورقم الحديث ١٩٧١.

عليه وسلم تحريم ما أباح الله له. فنفهم من هذا الهدْي النبوي: أنّ الإمام يجوز له أن يتصرّف تصرّفًا مؤقتًا ومقيّدًا في الإباحة؛ إما بمنعها، أو بالإلزام بها. فتصرّفه في المنع من إباحة ادِّخار لحوم الأضاحي كان مؤقتًا، ومعنى ذلك: أنّ هذا الهدْي النبوي ليس نَسْخًا لحكم الإباحة، وهذا معنى قولنا: "تصرّفٌ مؤقتٌ". فيعدّ هذا الهدْي النبوي في منع ادِّخار لحوم الأضاحي فوق ثلاث تصرُّفًا باعتباره إمامًا للمسلمين، وهو تصرّف وِفق مصلحة دعت الحاجة إليها، وليس تصرُّفًا باعتباره مشرِّعًا، ولو كان الأمر كذلك لعُدَّ منع الادِّخار حكمًا شرعيًّا ناسخًا لحكم الإباحة. ولما لم يكن هذا الحكم تشريعًا لذلك حين "قالوا: يا رسول الله! إن الناس يتخذون الأسقية من ضحاياهم ويجملون منها الودك. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (وما ذاك؟)، وكأنه أنكر عليهم هذا الكلام؛ لأنه اعتبر ذلك الحكم من باب تصرف الإمام على الرعيّة، وهو منوط بالمصلحة، فبيّن لهم أنّ ذلك الحكم كان مبْنيًّا على مصلحة مؤقتة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم معلِّلًا النهي: "إنما نهيتكم من أجل الدافة التي دفت. فكلوا وادّخروا وتصدقوا".

ويتفرع عن جواز الإلزام بالمباحات مسألةُ طاعة وليّ الأمر في ما أمر به أو نهى عنه من المباح؛ بشرط أن لا يكون في ذلك معصية؛ لحديث "لا طاعة في المعصية، إنما الطاعة في المعروف"[38]. فإذا كان في المباح الذي منعه الإمام أو رئيس الدولة معروفٌ

(٣٨) البخاري: الصحيح، - مرجع سابق -، ص ١١٦٤. وقد رواه في كتاب أخبار الآحاد، باب: ما جاء في إجازة خبر الواحد الصدوق في الأذان والصلاة والصوم والفرائض والأحكام، ورقم الحديث ٧٢٥٧. ومسلم: الصحيح، - مرجع سابق -، ص ٤٨٥. وقد رواه في كتاب الإمارة، باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية، وتحريمها في المعصية، ورقم الحديث ١٨٤٦. ونصُّ الحديث تامًّا "عن علي رضي الله عنه: أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث جيشًا، وأمَّر عليهم رجلًا، فأوقد نارًا، وقال: ادخلوها. فأرادوا أن يدخلوها، وقال آخرون: إنما فررنا منها. فذكروا للنبي صلى الله عليه وسلم، فقال للذين أرادوا أن يدخلوها: لو دخلوها لم يزالوا فيها إلى يوم القيامة. وقال للآخرين: لا طاعة في المعصية، إنما الطاعة في المعروف".

يعود بمصلحة على المجتمع بدفع ما قد يترتب على ذلك المباح من المفاسد، أو الإلزام لما يترتب عليه من جلب منافع ؛ فحينها تكون الطاعة واجبة. وسبب ذلك بأن مثل هذا التصرّف من الإمام على الرعية كان بمقتضى المصلحة، فلابد من إعانته على تحقيق هذه المصلحة بطاعته والتزام ما منعه من المباح أو أمر بفعله. فـ"طاعة وليّ الأمر واجبة شرعًا في ما لا معصية فيه؛ امتثالا لأمر الله، وتحقيقًا لمعنى الولاية الذي يسلتزم الطاعة والامتثال حتى لا تتفرق كلمة المسلمين، ولا يتعرض منصب الإمارة للاستهانة"(٣٩).

لكن مع التسليم بطاعة ولي الأمر تبعًا لطاعته للشارع ، فإنّ الخلاف بين الفقهاء واقع في تصرف الإمام في الإباحة: فهل تجب طاعة في ذلك؟ لأنه خالف الشارع فغيّر الحكم من الإباحة إلى الإلزام به؛ إنْ فِعْلًا أو ترْكًا. وفي الحديث عن التأصيل الشرعي لتصرف الإمام في الإباحة وضوابطه جوابٌ عن ذلك، وبيان لمدى الصلاحية التي يتمتع بها الإمام أثناء تصرفه في الإباحة.

التأصيل الشرعي للتصرف في الإباحة وضوابطه:

يبدو للوهلة الأولى أنّ هناك خلافًا بين العلماء في تصرّف الإمام في الإباحة بين المنع والجواز، وعلى ذلك تفرّع طاعة ولي الأمر في التصرف في المباح؛ فمَن منع من ذلك لا يرى وجوب طاعته، ومن أجاز أوجب طاعته. فإنّ "العلماء اختلفوا في وجوب طاعة الأمراء في المباح؛ فقيل لا يجب عليهم طاعته فيه لأنه لا يجوز لأحد أن يحرِّم ما حلّله الله، ولا أن يحلّ ما حرّمه. وقيل: تجب"(٤٠). وبالمقابل؛ نجد أنّ الإمام النووي نقل الإجماع في شرحه لصحيح مسلم، فقال: "أجمعَ العلماء على وجوب طاعة الأمراء

(٣٩) مدكور، محمد سلام: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء بحث مقارن – مرجع سابق -، ص ٣٢٨.
(٤٠) المرجع السّابق، ص ٣٢٩ وهو نقل لكلام الآلوسي من تفسيره.

في غير معصــية، وعلى تحريمها في المعصـيّة. نقل الإجماع على هذا القاضي عياض، وآخرون"[٤١] اســتنادًا إلى الحديث السّــابق ذكره "لا طاعة في المعصية، إنما الطاعة في المعــروف". لكن هذا الإجمــاع: هل يدخل فيه تصرُّف الإمــام في الإباحة وتقييدها؟ فالأمر محتمل وإن كان الأظهر دخولها؛ لأن هذا التصرف في حدّ ذاته لا يُعدُّ معصية. كما ســيبيّن لاحقًا؛ بل نجد مــن المعاصرين من نقل الإجماع علــى جواز التصرف في الإباحــة؛ فـ"الفقهاء قد أجمعوا علــى أنّ للرئيس الأعلى للدولة تقييــد المباح؛ تحقيقا للتكافــل الملزم من الناحية الاقتصــادية أو الاجتماعية أو السياســيّة"[٤٢]. وهو إجماع ضمني[٤٣]. ومما يؤيد وجوب طاعة وليّ الأمر في تصرُّفه في الإباحة بالمنع أو الإيجاب: ما ورد في الســنة النبوية من منع الادخــار، ثم إباحته بعد النهي عنه. والنهي عن زيارة القبور، ثم إباحة ذلك والإذن فيه، وأنهم أطاعوه في ذلك كله.

لقد ناقش الإمام الشــافعي -رحمه الله- حديث النهي عن ادخار لحوم الضّحايا في باب: "العلل في الأحاديث" من كتابه "الرسالة"، لبيان أن حكم الادّخار قد وقع نسْخه بالإباحــة، فقال: "أخبرنا مالك، عن عبد الله بن أبي بكــر بن محمد بن عمرو بن حَزْم، عــن "عبد الله بــن واقد، عن عبد الله بن عُمر، قال: "نَهَى رَسُــولُ الله صــلى الله عليه وســلم عَنْ أَكْلِ لُحُومِ الضَّــحَايَا بَعْدَ ثَلَاثٍ". قال "عبد الله بن أبي بكر": فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِعَمْرَةَ، فَقَالَتْ: صَدَقَ، سَمِعْتُ عَائِشَةَ رضي الله عنها تقول: "دَفَّ نَاسٌ مِنْ أَهْلِ الْبَادِيَةِ

(٤١) النووي، محيى الدّين يحي بن شرف: المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجّاج، تحقيق خليل مامون شيحا (بيروت: دار المعرفة، ط. ١٠، ١٤٢٥ هـ / ٢٠٠٤ م)، ج ١٢، ص ٤٢٦.

(٤٢) الدريني، فتحي: خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم (بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٠٢ هـ/١٩٨٢م)، ص ٣١٠.

(٤٣) الإجماع الضمني معناه إن يذهب مجتهد أو بعض المجتهدين إلى حكم في مسألة ما ويعرف ذلك الحكم في ذلك العصر، ولا ينكر بقيّة المجتهدين عليه ذلك. ينظر: الآمدي، عليّ بن محمد: الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق سيّد الجميلي (بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤٠٦ هـ/١٩٨٦ م)، مج ١، ص ٣١٢.

حَضْرَةَ الأَضْحَى في زَمَانِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم، فَقَالَ النَّبِيّ صلى الله عليه وسلمُ: ادَّخِرُوا لِثَلاَث وَتَصَدَّقُوا بِمَا بَقِيَ. قَالَتْ: فَلَمَّا كَانَ بَعْدَ ذَلِكَ قِيلَ: يَا رَسُولَ الله، لَقَدْ كَانَ النَّاسُ يَنْتَفِعُونَ بِضَحَايَاهُمْ، يُجْمِلُونَ مِنْهَا الوَدَكَ وَيَتَّخِذُونَ الأَسْقِيَةَ. فَقَالَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم: ومَا ذَاكَ؟ - أَوْ كَمَا قَالَ - قَالُوا: يَا رَسُولَ الله، نَهَيْتَ عَنْ إِمْسَاكِ لُحُومِ الضَّحَايَا بَعْدَ ثَلاث، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ: إِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ مِنْ أَجْلِ الدَّافَّةِ الَّتِي دَفَّتْ حَضْرَةَ الأَضْحَى، فَكُلُوا وَتَصَدَّقُوا وادّخِرُوا". وأخبرنا ابن عُيَيْنَة، عن الزهري، عن أبي عُبَيْد مولى ابن أَزْهَرَ، قال: شَهِدْتُ العِيدَ مَعَ "علي بن أبي طالب" فَسَمِعتُهُ يقول: لاَ يَأْكُلَنَّ أَحَدُكُمْ مِنْ لَحْمِ نُسُكِهِ بَعْدَ ثَلاَث. أَخْبَرَنا الثِّقة عن معْمَرٍ، عن الزهري، عن أبي عبيد، عن علي أنه قالَ: قال رسول الله: "لاَ يَأْكُلَنَّ أَحَدُكُمْ مِنْ لَحْمِ نُسُكِهِ بَعْدَ ثَلاثٍ". أخبرنا ابن عيينة، عن إبراهيم بن مَيْسَرَةَ قال: سمعت أنس بن مالك رضي الله عنه يقول: إنَّا لَنَذْبَحُ مَا شَاءَ اللهُ مِنْ ضَحَايَانَا، ثُمَّ نَتَزَوَّدُ بَقِيَّتَهَا إِلَى البَصْرَة.

قال الشافعي: "فهذه الأحاديث تَجْمع معانيَ، منها: أنَّ حديث علي عن النبي في النهي عَنْ إمْساك لُحُوم الضَّحايا بعْد ثلاثٍ، وحديث "عبد الله بن واقد"، مُوتَفِقَانِ عن النبي. وفيها دلالة على أنَّ عَلِيًّا سمع النهيَ مِن النبي، وأنَّ النهيَ بَلَغَ عبدَ الله بن واقد. ودلالةٌ على أن الرُّخْصَةَ مِن النبي لم تبلُغْ علياً ولا عبدَ الله بن واقد، ولو بَلَغَتْهمَا الرُّخْصَةُ، مَا حَدَّثَا بالنهي، والنَّهْيُ منسوخ، وتَرَكا الرخصةَ، والرخصةُ ناسخة، والنهي منسوخ لا يَسْتَغْنِي سامِعُه عَنْ عِلْم ما نَسَخَهُ... فلما حَدَّثَتْ عائشةُ عَن النبي صلى الله عليه وسلم بالنهي عَنْ إمْساك لُحوم الضحايا بعد ثلاثٍ، ثم بالرخصة فيها بعد النهي، وأنَّ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم أَخْبَرَ أنَّه نهى عن إمساك لحوم الضحايا بعد ثلاث للدَّافَّة: كان الحديث التَّام المحفوظ أوَّلُه وآخِرُه وسَبَبُ التحريم والإحلال فيه: حديثُ

عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وكان على مَنْ عَلِمَهُ أنْ يصيرَ إليه".

ثم بيّن الشافعي ما يحتلمه الحديث من معنى ، فقال:"فالرخصةُ بعْدَها في الإمساك والأَكْل والصدقة مِن لحوم الضحايا إنما هي لواحدٍ من مَعْنَيَيْنِ، لِاخْتِلَاف الحالَيْن: فإذا دَفَّت الدَّافَّةُ ثَبَتَ النهيُ عَن إمْساك لحوم الضحايا بعد ثلاث، وإذا لم تَدِفَّ دافَّة فالرخصةُ ثابِتة بالأكْل والتَّزَوُّدِ والادِّخارِ والصَّدَقَة. ويُحتمَل: أنْ يكونَ النهي عَن إمْساك لحوم الضَّحايا بَعْد ثلاث منسوخاً في كلِّ حالٍ؛ فيُمْسك الإنسان مِن ضحيَّتِه ما شاء، ويتَصَدَّق بما شَاء"[٤٤]. وقد ذكر الشافعي هذين الاحتمالين ولم يبيّن أيِّهما أرجح لديه، بينما رجّح في كتابه "اختلاف الحديث" احتمال عدم النسخ، فقال:"وأحبّ إنْ كانت في الناس مَخْمصة أن لا يدّخر أحد من أضحيته ولا من هديه أكثر من ثلاث؛ لأمر النبي صلى الله عليه وسلم في الدّافة فإنْ تُرِكَ رجلٌ أنْ يَطْعَم من هدي تطوع أو أضحية فقد أساء، وليس عليه أن يعود للضحيّة، وعليه أن يُطْعِم إذا جاءه قانعٌ أو معترٌّ أو بائسٌ فقيرٌ شيئا ليكون عوضًا مما منع ؛ وإن كان في غير أيّام الأضحى"[٤٥].

وفي صحيح البخاري: "قال رسول اللّه صلى الله عليه وسلم : من ضحَّى منكم فلا يصبحنَّ بعد ثالثة وفي بيته منه شيء. فلما كان في العام المقبل قالوا: يا رسول اللّه، نفعل كما فعلنا في عام الماضي؟ قال: كلوا وأطعموا وادّخروا؛ فإن ذلك العام كان بالناس جَهْدٌ، فأردت أن تعينوا فيها[٤٦]. وفي رواية أخرى في صحيحه أيضا: "عن عبد الرحمن بن عابس، عن أبيه، قال: قلت لعائشة: أَنَهى النبي صلى الله عليه وسلم أن تؤكل لحوم الأضاحي فوق ثلاث؟ قالت: ما فعله إلا في عام جاع الناس فيه، فأراد أن يُطْعِم الغنيُّ

---

(٤٤) الشافعي، محمد بن إدريس: الرسالة، - مرجع سابق -، ص ٢٨١ وما بعدها.

(٤٥) الشافعي، محمد بن إدريس: اختلاف الحديث، تحقيق: محمد أحمد عبد العزيز (بيروت: دار الكتب العلميّة، ١٩٦٨)، ص ١٥١.

(٤٦) سبق تخريجه.

الفقيرَ، وإنْ كنَّا لنرفع الكُرَاعَ، فنأكله بعد خمس عشرة. قيل: ما اضطركم إليه؟ فضحكت، قالت: ما شبع آل محمد صلى الله عليه وسلم من خبز بُرٍّ مأدوم ثلاثة أيام حتى لحق بالله"(٤٧). وفي هذه الروايات دلالة واضحة على أنّ النهي عن الادخار فوق ثلاث ليس حكما منسوخا؛ لأنّ الادِّخار قبل النهي وبعد على حكم الإباحة، فكان النَّهيُ تصرّفًا على مقتضى المصلحة المانعة من الادِّخار فوق ثلاث، وكذلك يخرج على قاعدة: "إذا زال المانع عاد الممنوع"(٤٨). فالمانع من الادِّخار مصلحة الدّافة، فلما زالت المصلحة في العام الذي يليه عاد الممنوع وهو الادِّخار فوق ثلاث على حكم الإباحة كما كان قبل ذلك.

ويضاف إلى ذلك: مثال النهي عن زيارة القبور، فقد "قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :"نهيتكم عن زيارة القبور، فزوروها. ونهيتكم عن لحوم الأضاحي فوق ثلاث، فأمسكوا ما بدا لكم. ونهيتكم عن النبيذ إلا في سقاء، فاشربوا في الأسقية كلها. ولا تشربوا مسكرًا"(٤٩). وفي السنن: قال رسولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم: "قد كنتُ نهيتكُم عن زيارةِ القبورِ، فقدْ أُذنَ لِمُحَمَّدٍ في زيارةِ قبرِ أُمِّهِ. فَزوروها، فإنهَّا تذكِّرُ الآخرةَ". وفي رواية أخرى "فزوروا القبور فإنها تذكِّر الموت"(٥٠). فالأصل: أنّ زيارة

(٤٧) البخاري: الصحيح، - مرجع سابق -، ص ٩٠٤. وقد رواه في رواه البخاري كتاب الأطعمة، باب ما كان السلف يدَّخرون في بيوتهم وأسفارهم، من الطعام واللحم وغيره، ورقم الحديث ٥٤٢٣.

(٤٨) ينظر: التطبيقات الفقهية لقاعدة "إذا زال المانع عاد الممنوع" في كتاب الجنايات والحدود والقضاء والشهادات والإقرار، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، ١٤٣٢، ص ١٩-٢٤.

(٤٩) مسلم: الصحيح، - مرجع سابق -، ص ٢٣١. وقد رواه في كتاب الجنائز، باب استئذان النبي صلى الله عليه وسلم ربّه عز وجل في زيارة قبر أمه، ورقم الحديث ٩٧٧.

(٥٠) السجستاني، أبو داود سليمان بن الأشعث: السنن، تحقيق محمد عبد العزيز الخالدي (بيروت: دار الكتب العلميّة، ١٤٢٢ هـ/٢٠٠١ م)، ص ٥٢٠. وقد رواه في كتاب الجنائز، باب في زيارة القبور، ورقم الحديث ٣٢٣٤. والترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة: الجامع، مراجعة صالح بن عبد العزيز آل الشيخ (الرياض: دار السّلام للنشر والوتزيع، ١٤٢٠ هـ/١٩٩٩ م)، ص ٢٥٤. وقد رواه في أبواب الجنائز، ورقم الحديث ١٠٥٤.

القبــور على حكم الإباحة، ولكن وقع النهي عنها دفعًا لمفسـدة الشِّرك، وما يصــحب ذلك من الاعتقاد الفاســد في أنّ أهل القبور ينفعون ويضرّون. فكان هذا النهي خادمًا لمقصــد التوحيد؛ وذلك باجتناب ما يضــادّه وهو الإشراك واعتقــاد النفع والضرّ لغير الله تعالى. فزيارة القبور كانت على البراءة الأصــلية. وحتى في بداية الإســلام كانت على حكم الإباحة، ثم ورد النهي عن ذلك في السّنة النبويّة، صونًا للصحابة رضي الله عنهم من أن يلبســوا إيمانهم بشرك؛ لحداثة إسلامهم، وقُرب عهدهم بالكفر، وحتى لا تتعلق قلوبهم بأهل القبور. فلما اطمأنّت قلوبهم بالإيمان، وبَعُد عهدهم بالشّرك، وكان في زيارة القبورة مصــلحة ندب الشارع إلى زيارتها؛ لما فيها من عبرة وتذكير بالآخرة، وما يترتب على ذلك من الاتعاظ ورقّة القلب؛ وفي ذلك منفعة كبيرة للزائر إذا قصــد بزيارته ما قصده الشارع من ذلك.

والقول في هذا الحديث كالقول في ســابقه؛ فإباحة زيارة القبور ليس نَسْـخًا للنهي عن زيارتها؛ بل هو تصرف من الشارع بمقتضى المصلحة في تقييد المباح، لدفع مفسدة متوقعــة وهي: خلط الإيمان بالشرك، واعتقــاد النفع والضرّ لغير الله تعالى. وعليه؛ فلا مانع من القول بالنهي عن زيارة القبور متى اقتضــت المصلحة ذلك، وهذا النهي المقيّد لإباحة زيارة القبور يكون مؤقتًا بتلك المصلحة، فيزول بزوالها ويعود الحكم إلى الأصل وهو الإباحة. فلو انتشر في بلاد المسلمين زيارة القبور اعتقادًا بأنّ من فيها من الأموات بيدهــم النفع والضرّ، وعمّ هذا الأمر بحيث كان الغالــب في زيارة القبور الوقوع في الشرك، فيجوز لوليّ الأمر أنْ يمنع الناس من زيارة القبور دفعا لهذه المفســدة، وتحقيقًا لمصــلحة للمســلمين؛ بحماية توحيدهم من أن يلتبس بالشرك. ثم إذا ظهر من الناس ابتعادٌ عن هذه المعتقدات الفاســدة في أصحاب القبور، يعود الحكم إلى الإباحة؛ كما

كان لأنّ تصرُّف الإمام في الإباحة بمنعها ليس نَسْخًا لها، إنما هو تصرّف مؤقَّتٌ لتحقيق مصلحة شرعية، فّاذا زالت المصلحة زال ذلك الحكم المؤقت.

ففي هذا المثال والذي قبله تصرُّف من الرّسول صلى الله عليه وسلم في الإباحة بالنهي عن الادخار وزيارة والقبور، ثم أباح ما نهى عنه لمصلحة كانت تقتضي النهي؛ لدفع مفسدة المخمصة والاستغاثة بغير الله جلّ جلاله، فلما زالت تلك المفسدة عاد الحكم إلى الإباحة السّابقة على النهي. لكنّ هذا التصرّف ليس كما اتفق، ولا يكون تبعًا للهوى يصرّفه الوالي كيف شاء؛ بل لابد من ضوابط تحكم هذا التصرّف حتى يكون ذلك خادمًا لمقاصد الشارع، ومحققًا لأهدافها وغاياتها، بعيدًا عن اتباع الهوى، ومجتنبًا للوقوع في غايات مصادمة لإرادة الشارع، ومناقضة لمقاصده. ومن الضوابط المهمة:

أولاً: أن يكون التصرف في مصلحة عامة لا خاصة:

لقد تقرر سابقا أنّ المسلم لا يجوز له أن يتصرّف في الإباحة بالإلزام منعًا منها أو إيجابًا لها لأنّ في ذلك تعدّيًا على مقصد الشارع في الإباحة من النعمة والتسخير والتيسير. فالله لم يأذن لنا في ذلك قال تعالى: ﴿ قُلْ أَرَءَيْتُم مَّآ أَنزَلَ ٱللَّهُ لَكُم مِّن رِّزْقٍ فَجَعَلْتُم مِّنْهُ حَرَامًا وَحَلَٰلًا قُلْ ءَآللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى ٱللَّهِ تَفْتَرُونَ ﴿٥٩﴾ ﴾ يونس: ٥٩. وقد تقتضي المصلحة الشرعيّة أحيانًا التصرّف في الإباحة بقدر ما يحقق تلك المصلحة بجلب منفعة أو دفع مفسدة. لكن هذه المصلحة التي تقتضي التصرّف في الإباحة لابّد أن تكون مصلحة عامة، لا مصلحة خاصّة، ويكون هذا التصرف من وليّ الأمر كما هو مقرر في القاعدة الفقهيّة المشهورة "تصرُّف الإمام على الرعيّة منوط بالمصلحة". ويفهم هذا

الشرط من تصرّف الرّسول صلى الله عليه وسلم في الإباحة؛ إذ إنّ سورة التحريم كان سبب نزولها على الراجح تصرّف الرسول صلى الله عليه وسلم في الإباحة بتحريم العسل على نفسه؛ كما في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَۖ تَبۡتَغِي مَرۡضَاتَ أَزۡوَٰجِكَۚ وَٱللَّهُ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ١﴾ التحريم: ١. فقد أنكر الله جلّ جلاله على نبيّه صلى الله عليه وسلم تصرُّفَه في تحريم ما أباحه الله، وأذن في الانتفاع به؛ لاسيما أنّ تصرُّف الرسول صلى الله عليه وسلمفي مثل هذا الأمر قد يُفْهم منه أنه تشريع عامٌّ فيقتدي به الناس، فيحرِّمون ما أباحه الشارع اتباعًا لرغباتهم، ونزولًا عند شهواتهم؛ وذلك أمرٌ لم يُرِدْه الشارع ولم يقصده ألبتة. وعليه؛ فـ"ليس لأحدٍ أنْ يمنع المباح عن أحدٍ، إذ لا يكون أحد أرفق بالناس من الله تعالى"[٥١]، الذي أباح لهم ذلك. فيلاحَظ أنّ هذا التصرّف من النبي صلى الله عليه وسلم في الإباحة كان لمصلحة خاصة وهي دفع مفسدة شمّ رائحةٍ كريهةٍ منه بسبب شرب العسل؛ بينما كان النَّهي عن الادِّخار والنَّهي عن زيارة القبور لتحقيق مصلحة عامة؛ متمثلة في دفع مفسدة المخمصة، ودفع مفسدة الشرك وقد سبق بيانهما بما لا مزيد عليه.

ومن الأحاديث التي فيها إشارة خفيّة إلى هذا الملحظ الدقيق في التصرف في الإباحة: حديث السّفينة. فـ"عن النعمان بن بشير -رضي الله عنهما-، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "مَثَل القائم على حدود الله والواقع فيها، كمثل قوم استهموا على سفينة، فأصاب بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلَها، فكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مرُّوا على من فوقهم، فقالوا: لو أنَّا خرقْنا في نصيبنا خرْقًا، ولم نؤذ من فوقنا: فإن

(٥١) ابن عاشور، محمد الطاهر: مقاصد الشريعة الإسلامية، - مرجع سابق -، ص٢٨٦.

يتركوهم وما أرادوا هلكوا جميعًا، وإن أخذوا على أيديهم نَجَوا ونُجُّوا جميعا"[٥٢]. في الحديث "المثل المضروب: أن الذين أرادوا خَرْق السفينة بمنزله الواقع في حدود الله، ثم من عداهم إمَّا مُنكر وهو القائم، وإمَّا ساكت وهو المداهن... (استهموا سفينة) أي اقترعوها، فأخذ كل واحد منهم سهْمًا أي نصيبًا من السفينة بالقرعة، بأن تكون مشتركة بينهم إمَّا بالإجارة وإمَّا بالمِلْك، وإنما تقع القرعة بعد التعديل، ثم يقع التشاحُّ في الأنْصِبة، فتقع القرعة لفصل النزاع... (فتأذوا به) أي بالمار عليهم بالماء حالة السقي...قوله: (فإن أخذوا على يديه) أي منعوه من الحفر (أنجوه ونجوا أنفسهم) هو تفسير للرواية الماضية في الشركة، حيث قال: "نَجَوا ونُجُّوا" أي: كلّ من الآخذين والمأخوذين...ووجوب الصبر على أذى الجار إذا خشي وقوع ما هو أشد ضررًا، وأنه ليس لصاحب السَّفل أن يُحْدث على صاحب العلو ما يضر به، وأنه إن أحدث عليه ضررًا لزمه إصلاحه، وأنَّ لصاحب العُلوّ منْعه من الضرر"[٥٣].

فهذا المعنى العام للحديث كما ذكره الإمام ابن حجر العسقلاني رحمه الله، ويفهم منه عن طريق الإشارة والتنبيه: جواز التصرّف في الإباحة بالمنع إذا ترتب عن الفعل المباح مفسدة عامة. فتصرّف الإنسان في مِلْكه مباح؛ سواء كانوا جميعًا أو أشتاتًا. وفي هذا الحديث تصرُّف الذين في أسفل السّفينة هو تصرُّف مشروع؛ لأنه في نصيبهم الذي يمتلكونه. ولكن في خرق السّفينة هلاك لمن كان في أسفلها وفي أعلاها، وفي منعه نجاة للجميع، فيتعيّن مَنْعه في تصرّفٍ مباحٍ؛ لما يترتب عليه من مفسدة عامة.

(٥٢) البخاري: الصحيح، - مرجع سابق -، ص ٤٠٠. وقد رواه في كتاب الشركة، باب هل يقرع في القسمة والاستهام فيه، ورقم الحديث ٢٤٩٣.

(٥٣) ابن حجر، أحمد بن علي: فتح الباري بشرح صحيح البخاري (الرياض: بيت الأفكار الدوليّة، د.ت)، مج ٢، ص ١٣٣٥.

ولذلك ما توهمه أصحاب النصيب الأسفل من السّيفنة أنّ إحداث خرق في أسفلها فيه مصلحة لهم حيث ينتفعون بالماء ولا يمرون بمن فوقهم فلا يؤذونهم مصلحة وهمية إذا ما تمّ مقارنتها بالمفسدة المترتبة على مثل هذا العمل. فالمصحلة العامة تخوّل لوليّ الأمر أن يتصرف في الإباحة بمنعها أو الإلزام بها، دون المصلحة الخاصة.

ونجد في اجتهادات الصحابة ما يؤيّد هذا الضابط ويشدّ من أزره، ومن ذلك: ما ذكره الإمام الطبري "عن شقيق بن سلمة، قال: تزوج حذيفةُ يهودية فكتب إليه عمر: خلِّ سبيلها . فكتب إليه: أتزعم أنها حرام فأخلي سبيلها؟ فقال: لا أزعم أنها حرام، ولكني أخاف أن تَعَاطَوْا الموسات منهن. رواه ابن جرير في تفسيره، وقال عنه ابن كثير في تفسيره: إسناد صحيح. وعن عامر بن عبدالله بن نسطاس: أن طلحة بن عبيد الله نكح بنت عظيم اليهود، قال: فعزم عليه عمر إلّا ما طلقها. رواه عبدالرزاق في المصنف"(٥٤). قال ابن جرير تعليقًا على ما أمر به عمر طلحة وحذيفة: وإنما كره عمر لطلحة وحذيفةَ رحمة الله عليهم، ورضي عنهم - نكاح اليهودية والنصرانية؛ حذرًا من أن يقتدي بهما الناس في ذلك، فيزهدوا في المسلمات. أو لغير ذلك من المعاني فأمَرَهما بتخليتهما"(٥٥). ولكن ذهب جمهور علماء المسلمين إلى إباحة الزواج من الكتابية(٥٦)؛ لقوله تعالى في سورة المائدة، وهي من أواخر ما نزل من القرآن الكريم: ﴿ ٱلْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ ۖ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ ۖ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ إِذَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِىٓ أَخْدَانٍ ۗ وَمَن يَكْفُرْ بِٱلْإِيمَٰنِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُۥ وَهُوَ فِى ٱلْءَاخِرَةِ مِنَ ٱلْخَٰسِرِينَ ﴿٥﴾ ﴾ المائدة: ٥ .

(٥٤) الطبري: جامع البيان عن تأويل آي القرآن – مرجع سابق -، مج ٢، ص ٣٩٠.

(٥٥) المرجع نفسه، مج ٢، ص ٣٩٠.

(٥٦) انظر: الجصاص، أبو بكر أحمد الرازي: أحكام القرآن، مراجعة صدقي محمد جميل (بيروت: دار الفكر، ٢٠٠٨)، ج ٢، ص ٤٦٠.

فقول الإمام الطبري: "وإنما كره عمر لطلحة وحذيفة رضي الله عنهم نكاح اليهودية والنصرانية، حذرًا من أن يقتدي بهما الناس في ذلك فيزهدوا في المسلمات، أو لغير ذلك من المعاني، فأمرهما بتخليتهما"، إنما هو تعليل لتصرُّف عمر في كراهة الزواج من الكتابيات الذي حكمه الإباحة؛ كما هو نص آية سورة المائدة. ومن المعاني الأخرى التي يُعلَّل بها تصرُّف عمر رضي الله عنه في الإباحة: ما ورد في كتاب "الآثار" لمحمد بن الحسن الشيباني رحمه الله "حين بلغ عمر أنّ الصحابي الجليل حذيفة بن اليمان تزوج -وهو بالمدائن- امرأة يهودية، فكتب إليه عمر مرة أخرى: أعزم عليك ألا تضع كتابي هذا حتى تخلي سبيلها، فإني أخاف أن يقتدي بك المسلمون، فيختاروا نساء أهل الذمة لجمالهن، وكفي بذلك فتنة لنساء المسلمين". ثم قال الإمام محمد:"وبه نأخذ ولا نراه حراما (يعني الزواج من الكتابيات) ولكنّا نرى أن يختار عليهنّ نساء المسلمين"(٥٧).

وقد ذكر الإمام سعيد بن منصور في سننه قصة زواج حذيفة هذه، ولكنه ذكر تعليلًا آخر لمنع عمر لحذيفة. فبعد أن نفى حرمة هذا الزواج، قال:"ولكني خفت أن تعاطوا المومسات منهن"(٥٨) وعند الجصاص بسنده؛ "تزوج حذيفة بيهوديّة فكتب إليه عمر أنْ خلِّ سبيلها، فكتب إليه حذيفة: أحرام هي؟ فكتب إليه عمر: لا، ولكني أخاف أن تواقعوا المومسات منهنّ. قال أبو عبيد: يعني العاهرات"(٥٩).

فتصرُّف عمر رضي الله عنه في الإباحة حذرًا من أن يقتدي الناس بالولاة في ذلك فيزهدوا في المسلمات، أو خشية أن يتعاطوا المومسات من أهل الكتاب. فكلّ علّةٍ منهما

(٥٧) الشيباني، أبو عبد الله محمد بن الحسن: الآثار، تحقيق خالد العوّاد (سوريا: دار النواد، ١٤٢٩ هـ/٢٠٠٨ م)، ج ٢، ص ٣٩٤.

(٥٨) الخراساني، سعيد بن منصور بن شعبة: السنن، تحقيق عبد الرحمن الأعظمي (بيروت: دار الكتب العلميّة، ١٩٨٥)، ج ١، ص ١٩٣.

(٥٩) الجصاص، أبو بكر أحمد الرازي: أحكام القرآن، - مرجع سابق - ج ٢، ص ٤٥٩.

تصلح لبيان الحكمة من هذا التصرّف، وتعليلًا له. بل يمكن تعليل هذا التصرّف العمري بالعلتين كلتيهما؛ لأنهما لا تَعارُضَ بينهما. وفي تعليق الإمام الطبري "أو لغير ذلك من المعاني" إشارة إلى أنّ لهذا التصرف عِللًا أخرى لا تتعارض مع ما ذكره. ومدار الأمر في هذا التصرّف على دفع مفسدة على بنات المسلمين في حال زواج من يُشار إليه بالبنان، ويُقتدى به في المقال والفِعال؛ فمآل ذلك الفعل الرغبة عن بنات المسلمين، وفي ذلك فتنة لهنّ ما بعدها فتنة. ناهيك عن دفع مفسدة الزواج من المومسات الفاجرات من أهل الكتاب، لاسيما إذا وقع تساهُلٌ في الزواج من أيّ كتابيّة دون تثبّت حتى يتبيّن حالها، ويظهر أمرها. ويقوّي هذا التصرّف ويعضده: أنّ دفْع المفسدة إذا تعارض مع جلب المصلحة ورَجَحَت المفسدة على المصلحة عند الموازنة بينهما قُدّم دفع المقسدة؛ لأنه أولى بالتقديم من جلب المصلحة في حال التعارض[٦٠]. ويبدو لي أنّ في تصرف عمر رضي الله عنه تقديم دفع لمفسدة تلحق بنات المسلمين على جلب منفعة لمن أراد الزواج من الكتابيات، فضلًا عن أنّ هذه المنفعة تتحقق بالزواج بالمسلمات. ولعلّ هذا الاجتهاد العمري جعل الإمام الشافعي يميل إلى القول باستحباب ترك الزواج من الكتابيات؛ إذ يقول: "ويحلّ نكاح حرائر أهل الكتاب لكلّ مسلم؛ لأنّ الله تعالى أحلهنّ بغير استثناء. وأحبُّ إليّ لو لم ينكحهنّ مسلم"[٦١].

ويبدو مما تقدم ذِكْره أن يكون هذا التصرف خادمًا للمقاصد الضرورية والحاجية دون التحسينية؛ إمَّا بجلب نفعٍ لها، أو دفع ضرٍّ عنها. فيجوز التصرف في الإباحة بمنعها

(٦٠) انظر: العلائي، صلاح الدين خليلي كيكلدي: المجموع المذهب في قواعد المذهب، تحقيق مجيد علي العبيدي وأحمد عبّاس (عمّان: دار عمار ومكة المكرمة: المكتبة المكيّة، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م)، مج ١، ص ١٢٠/ ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم: الأشباه والنظائر، تحقيق محمّد مطيع الحافظ (دمشق: دار الفكر، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م)، ص ٩٤

(٦١) الشافعي، محمد بن إدريس: الأم، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب (المنصورة: دار الوفاء، ط. ٢، ١٤٢٥ هـ/٢٠٠٤م)، ج ٦، ص ١٦.

لدفع مفسدة عن مقصد ضروري أو حاجيّ، أو الإلزام بفعلها لجلب منفعة لمقصد ضروري أو حاجيّ؛ كما هو بيّن من التصرفات السّابقة الذكر. فالتصرّف في الإباحة وتقييدها يكون بسبب تحقيق مصلحة عامة، فضلاً عن وجود حاجة تدعو إلى مثل هذا التصرّف. وهذه الحاجة تكون في تحقيق مصلحة للمقاصد الضرورية والحاجية؛ جلبًا ودفعًا. وبهذا يكون تصرُّف الإمام في الإباحة تصرُّفًا منوطًا بالمصلحة العامة؛ كما هو مقرر في قاعدة "تصرّف الإمام على الرعيّة منوط بالمصلحة"، وبيِّن من هذه القاعدة: أنّ هذا التصرُّف تتحق فيه مصلحة عامة؛ لأنه تصرُّف على الرعية جميعًا، وليس تصرُّفًا لمصلحة فئة معينة، أو لمصلحة أفراد.

ثانياً: أن هذا التصرف ليس حكماً لازماً ولا دائماً:

تصرّف الإمام في الإباحة يكون تصرُّفاً مؤقتًا إمّا في إمامته أو بعد زوال إمامته. وتصرُّفه في الإباحة ليس مُلزِمًا للإمام الذي يجيء من بعده. فالتصرّف في الإباحة منعا وإلزاما مبنيٌّ على حكمة نِيط بها هذا التصرّف، ورعاية مصلحة أمْلَت على الإمام ذلك، لأنّ تصرُّفه على الرعية منوط بالمصلحة؛ فتصرّفه إمّا بجلب نفع لهم أو دفع ضُرّ عنهم. فلمّا كان مثل هذا التصرّف مبْنيًّا على رعاية المصلحة وتحرِّيها، وهي متغيرة من وقت إلى آخر ومن مجتمع إلى آخر، فيجوز لمن جاء بعد أن يقوم بتصرف آخر في الإباحة خلاف الأول؛ مثل أن يكون من قَبْلَه مَنَع الرعيّة من شيء مباح لما فيه من مفسدة، فيعود بهم إلى الأصل وهو الإباحة إذا كانت تلك لمفسدة التي نِيط بها المنْع قد زالت؛ فبزوالها يزول المنع تبعًا لذلك. وكذلك قد يكون من قبله ألزم الناس بشيء هو في الأصل مباح؛ لما فيه من جلب منفعة لهم، وأنّ في تركه تفويتًا لمصلحة يترتب

عنها إلحاق ضرر بالمجتمع . ثم تغيّرت تلك المنفعة أو قلّ نفعها؛ فينبغي له أن يعود بذلك الشيء إلى حكم الأصل وهو الإباحة.

وبالإضافة إلى ذلك؛ فالتصرّف في الإباحة ليس مُلْزِمًا لذلك الإمام الذي تصرّف في الإباحة، إذا تبيّن له أنّ المعنى الذي من أجله تصرّف في الإباحة قد زال؛ فعليه أن يرجع عن تصرفه هذا إلى أنْ يخلّيَ بين الناس وبين ذلك الشيء، فإن شاؤوا فعلوه وإن شاؤوا تركوه، فلهم الخيرة في ذلك تَوسعةً عليهم. فتصرُّف الإمام في الإباحة "تصرّف مؤقت" حتى في زمن إمامته، وتصرّف الرسول صلى الله عليه وسلم فيه إشارة إلى هذا المعنى المهمّ؛ حيث علّل تصرُّفه في النَّهي عن ادّخار لحوم الأضاحي فوق ثلاث بقوله": "إنَّمَا نَهَيْتُكُمْ مِنْ أَجْلِ الدَّافَّةِ الَّتِي دَفَّتْ حَضْرَةَ الأَضْحَى، فَكُلُوا وَتَصَدَّقُوا وادّخِرُوا". فهذا التصرف من الرسول صلى الله عليه وسلم من أجل ظرف طرأ على المدينة، فتصرّف صلى الله عليه وسلم تصرّفًا فيه دفْع مفسدة عن الدّافة، فلمّا تغيّر ذلك الظرف الطارئ، وزالت المفسدة. رجع بهم إلى حكم الأصل وهو الإباحة، فقال صلى الله عليه وسلم "فَكُلُوا وَتَصَدَّقُوا وادّخِرُوا".

ثالثاً: أن تصرف الإمام في الإباحة لا يعدّ نَسْخاً لحكم الإباحة:

إنّ حكم الإباحة لا يُنسَخ بتصرُّف أحدٍ كائنًا من كان بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم . بل إنّ تصرف الرسول صلى الله عليه وسلم في النهي عن الادّخار فوق ثلاث لم يكن ناسخا لحكم إباحة الادّخار. وليست الإباحة ناسخة للنَّهي عن الادّخار، بل الراجح عندي – كما بيّنت سابقًا – أنّ الإباحة التي جاءت بعد النَّهي ليست نَسْخًا للنَّهي عن الادِّخار، وإنما كان الرجوع إلى الإباحة لزوال العلة التي من أجلها وقع

النهي عن الادِّخار فوق ثلاث. فإذا اقتضت المصلحة في عصر ما أن يقع النهي عن الادِّخار فلا مانع من ذلك قياسًا على حديث النَّهي عن الادّخار؛ بل إنّ تصرُّف الرسول صلى الله عليه وسلم يقتضي مثل هذا. وفي الروايات المتنوعة لهذا الحديث دلالة واضحة على أنّ النهي عن الادِّخار فوق ثلاث ليس حكمًا منسوخًا؛ لأنّ الادِّخار قبل النَّهي وبعده على حكم الإباحة، فكان النهي تصرّفًا على مقتضى المصلحة المانعة من الادِّخار فوق ثلاث. "وقد ظنّ كثير من الفقهاء أنّ هذه الإباحة نَسْخٌ للنَّهي المتقدم والتحقيق ليس كذلك؛ فالتحقيق أنه ليس نسخاً"[٦٢].

وفائدة هذا الضابط: ردٌّ على طائفة من المعاصرين الذين خاضوا في غير فنهم فجاؤوا بعجائب وغرائب، من بينها: أنَّ تصرُّف عمر رضي الله عنه في الإباحة وغيرها من التصرّفات العُمَريّة الأخرى مثل: عدم إعطاء المؤلفة قلوبهم نصيبهم من الزكاةِ نسْخٌ لأحكام ثابتة بالوحي عن طريق المصلحة، واتخذوا ذلك مطية لردّ كثير من الأحكام؛ لاسيما ما يتعلق بالعقوبات الشرعية من حدود وقصاص. والحاصل: أنّ النَسْخ يُتَلقَّى من الشرع؛ فالوحي ينسخ بعضه بعضًا، "وغير جائز عندنا نَسْخُ شيء من القرآن بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم؛ لا رسمه ولا حكمه. ولا خلاف بين الأمة أنّ نسخ القرآن وسائر الأحكام لا يكون بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم، إلا قوم ملحدة يستهزِئون بإظهار الإسلام ويقصدون إفساد الشريعة، بتجويز نسخ الأحكام بعد موت النبي عليه السّلام"[٦٣]. فالإجماع لا ينسخ الوحيَ: كما يقول الإمام الجصاص:

---

(٦٢) القرضاوي، يوسف: السياسة الشرعيّة في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها (بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤١٩ هـ/١٩٩٨م)، ص ١٤٠.

(٦٣) الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي: أصول الجصاص المسمّى الفصول في الأصول، تحقيق محمد محمد تامر (بيروت: دار الكتب العلميّة، ١٤٢٠هـ / ٢٠٠٠م) ج١، ص ٣٨٩.

"ولسنا نقول: إنّ الإجماع يوجب النّسخ؛ لأنّ الإجماع إنّما يثبت حكمه بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم وأما في حياته فالمرجع إليه صلى الله عليه وسلم في معرفة الحكم لمن كان في حضرته ولا اعتبار بالإجماع فيه. ومعْلومٌ أنّ النَّسْخَ لا يصِحّ إلا من طريق التوقيف، ولا يصِحّ بعد وفاة الرّسول عليه الصلاة والسّلام"(٦٤). فكذلك الاجتهاد من باب أولى لا يَنسخ ولا يُنسخ، فلا الاجتهاد يَقْوَى على نسْخ ما ثبت من أحكام في الوحي، ولا اجتهاد مَن جاء بعده من المجتهدين ناسخٌ لاجتهاد من تقدمه. فالاجتهاد لا يُنسخ باجتهادٍ مثله؛ وهذا محصّل معنى: الاجتهاد لا يَنسخ ولا يُنسخ. "وأما القياس فلا يجوز وقوع النسخ به، وهذا ما لا نعلم فيه خلافا بين السّلف والخلف ممن يُعْتَدُّ بقوله"(٦٥). وقد أشار الشيخ القرضاوي إلى الذين عطلوا النصوص بدعوى النسخ بالمصلحة بقوله:"ومن الطوائف المارقة مَن جعل للإمام عندهم حق نسخ الأحكام الشرعيّة الثابتة؛ كما هو معروف عند الطائفة الإسماعيلية. ومن الناس في عصرنا من أسرف وأفرط، فجوّز تعطيل النص الشرعي -وإن كان قطعي الثبوت والدلالة – إذا عارض في نظره مصلحة دنيوية. ففتح بهذه الدعوى بابًا واسعًا لإلغاء الشريعة من حياة الجماعة الإسلاميّة باسم المصلحة الموهومة أو المزعومة"(٦٦).

بعض التطبيقات المعاصرة للتصرف في الإباحة:

إنّ التصرّف في الإباحة وتقييدها يدخل ضمن السياسة الشرعية، التي يراد منها تدبير أمر الرعيّة والقيام على شؤونهم بما فيه مصلحتهم. وكما بيّنت في الضوابط سابقًا

(٦٤) الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي: أصول الجصاص، - مرجع سابق - ج١، ص ٤١٧.
(٦٥) الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي: أصول الجصاص، - مرجع سابق - ج١، ص ٤٤٦.
(٦٦) القرضاوي، يوسف: السياسة الشرعيّة في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها - مرجع سابق -، ص ١٧١.

فهذا التصرُّف يكون للمصلحة العامة؛ بجلب منفعة للرعية، أو دفع ضُرّ عنهم؛ فهي مندرجة تحت قاعدة: "تصرّف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة". وسأذكر بعض التطبيقات المعاصرة التي يمكن قياسها أو تخريجها على تصرّفات الرسول صلى الله عليه وسلم في الإباحة وتصرّف خلفائه رضي الله عنه من بعده، وإن كان هذا النوع من الاجتهاد دقيقٌ جدًّا، ومسائله عسيرة، وفيه يقول الشيخ أحمد شاكر رحمه الله: "وأنه تصرّف منه صلى الله عليه وسلم على سبيل تصرّف الإمام والحاكم، في ما ينظر فيه لمصلحة الناس، وليس على سبيل التشريع في الأمر العام...وهذا معنًى دقيقٌ بديعٌ يحتاج إلى تأمُّل وبُعْد نظرٍ، وسعة اطلاع على الكتاب والسنة ومعانيهما. وتطبيقها في كثير من المسائل عسيرٌ إلا على مَن هدى الله"(٦٧). ومن التطبيقات المعاصرة التي يمكن أنْ تُعَدَّ في نظري تطبيقات للتصرّف في الإباحة وتقييدها:

١ ـ المنع من ادِّخار الطعام إذا أصابت الناس مخمصة عامة:

لا شكّ أن الفقر والإملاق من المشكلات الرئيسة التي يواجهها العالم اليوم، ومن أسبابها ندرة الموارد الاقتصادية الشديدة؛ ومن أهمها: ندرة الغذاء والماء. وندرة الموارد تعدّ – خصوصا عند الاقتصاديين – الخطر الأساس الذي يهدد الوجود البشري في هذا العصر؛ ولذلك اعتبر "جين بول سارتر أنّ "التطور البشري كلّه – على أقل تقدير إلى حدّ الآن – عبارة عن كفاح مرير ضدّ النُدرة (Scarcity)"(٦٨). فهذه النُّدرة تُعَدُّ عند الاقتصاديين معضلة اقتصادية ناتجة عن رغبات الإنسان غير المتناهية مقابل موارد محدودة متناهية؛ مما يقتضي التعامل معها بحذر، وإيجاد سياسة اقتصادية من شأنها أن

(٦٧) الشافعي، محمد بن إدريس: الرسالة، - مرجع سابق -، ص ٢٤٢. وهذا الكلام ورد في تعليقه على حديث الادّخار.
(٦٨) Xenos, Nicholas, 1989. *Scarcity and Modernity*, Routledge, London and New York, p. 2.

تعمل على توزيع الموارد النادرة توزيعًا يلبي حاجات الإنسان ورغباته، ويلائم ندرة الموارد وقِلَّتها. والحاصل: أنّ مفهوم الندرة من منظور اقتصادي علماني يعني: موارد محدودة في العالم مقابل حاجات ورغبات غير محدوة؛ فضلا عن الزعم بأنّ الإنسان مُتَّصِفٌ بالجشع والطمع، ودائمًا له رغبات متجددة، وحاجات لا تتوقف عند عدد معيّن. وسبب ذلك عند الاقتصاديين: أنَّ الطبيعة لا توفر موارد كافية لتلبية حاجات الناس ورغباتُهم غير متناهية. ويلاحظ أنّ "كل مجتمع يمتلك موارد محدودة جدًّا أو نادرةٍ، وذلك إذا ما تمّت مقارنتها بحاجات أفراده التي لا نهاية لها؛ وذلك في أيّ مجتمع؛ حتى في المجتمعات الغنية اقتصاديا"(٦٩).

في حين أنّ نظرة الإسلام التي يمثلها القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة لمسألة الندرة نظرة مختلفة تمامًا عن نظرة الاقتصاد التقليدي لها؛ من حيث مفهومها، وأسبابها، وطرق معالجة هذه المشكلة الاقتصادية العالمية التي تواجه العالم بأسره. فالقول بالندرة وأن الطبيعة الأم شحيحة، وأنِّ الكون لا يمدُّنا بالموارد الطبيعية التي نحتاجها قولٌ يناقض العقيدة، أو هو اتهام للذات الإلهية بالتقصير نحو بني آدم. فعندما نرجع إلى القرآن الكريم والآيات المتعلقة بالخلق، وتكوين الكون سنجد أنّ الله جلّ جلاله قد جعل الأرض منذ خلقها صالحة للحياة. قال تعالى: ﴿ وَلَقَدْ مَكَّنَّٰكُمْ فِي ٱلْأَرْضِ وَجَعَلْنَا لَكُمْ فِيهَا مَعَٰيِشَ ۗ قَلِيلًا مَّا تَشْكُرُونَ ﴿١٠﴾ ﴾ الأعراف: ١٠. فالله جلّ جلاله هو الذي أصلح الأرض؛ فجعلها صالحة للحياة؛ تفضُّلًا منه ورحمةً، والفساد؛ أيّ فساد كان في الأرض يخلّ بمقصد إصلاحها؛ ولذلك فقد حرمته الشريعة الإسلاميّة تحريمًا باتًّا؛ كما في قوله تعالى: ﴿ وَلَا تُفْسِدُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَٰحِهَا وَٱدْعُوهُ خَوْفًا وَطَمَعًا ۚ إِنَّ رَحْمَتَ ٱللَّهِ

(٦٩) Rohlf, William, 2010, *Introduction to Economic Reasons*, Pearson, New York, p. 6.

﴿قَرِيبٌ مِّنَ ٱلْمُحْسِنِينَ ﴿٥٦﴾﴾ الأعراف: ٥٦ .

فإذا كان الأمر كذلك، فالمشكلة ليست في الطبيعة التي سخَّرها الله عزّ وجلّ لها للناس جميعًا، وإنّما المشكلة في تصرُّفات الناس في الموارد الطبيعية، وطريقتهم في الانتفاع بها؛ بين إدخال الضرر والفساد عليها، أو التبذير والإسراف في الانتفاع بها. فمثل هذه المعضلة التي تواجه بعض المجتمعات الإسلاميّة إذا أدَّت إلى حدوث مجاعة وأصاب الناس مخمصة، ووقع ضرر عام؛ فيجوز حينها للإمام أن يضع حدًّا للتصرُّف في المباحات، وأن يمنع الادخار أو حتى التوسّع في المباحات من المأكل والمشرب، ولا يكون ذلك مُقيَّدًا بعيد الأضحى؛ من باب السياسة الشرعيّة. فيمكن قياس هذا الأمر على حديث النهي عن الادّخار من أجل الدّافة: بعلّة الحاجة الجامعة بينهما. بل إنِّ الحاجة في واقعنا الحالي قد تصل إلى الضرورة، بحيث يترتب على المجاعة تلف الأنفس وهلاكها. وبالإضافة إلى ذلك؛ فإنَّ هذا المنْع من ادِّخار المباحات أو حتى التوسّع في المباحات من المأكل والمشرب لا يتقيّد بالثلاثة الأيام الواردة في الحديث؛ لأنّ هذا يرجع إلى تقدير الإمام ونظره في المصلحة: فقد يزيد على ثلاثة أو ينقص منها. ولابد في هذا التصرّف من الالتزام بالضوابط التي سبق ذكرها؛ لاسيّما أن منْع الناس من المباحات فيه تضييق عليهم؛ فمتى زال ضرر المجاعة التي كان سببها النقص في الغذاء والأطعمة زال المنْع من الادّخار والتوسّع في المباحات. ومثل هذا التصرّف يتماشى مع قصد الشارع من حفظ النفس، ودفْع الضرِّ، وأنه لا ضرر ولا ضرار. ويجب إزاله الضرر، وإن أدى ذلك إلى تفويت التوسّع في المباح، أو المنع منه منعًا مؤقتًا، وليس نَسْخًا لحكم الإباحة كما سبق تقريره. وهو مناسب لتصرّف الرسول صلى الله عليه وسلم في النهي عن الادّخار فوق ثلاث؛ حيث اقتضت حاجة

الدافة للطعام أن ينهى عن مباح وهو الادّخار، وكذلك في وقت المخمصة العامة يكون بالناس حاجة ماسّة إلى الطعام والغذاء، فلذلك يكون هذا القياس عندي صحيحًا ومتجهًا، لاجتماع عموم المجاعة بالنهي عن الادّخار في معنى الحاجة. والله أعلم.

٢ ـ التسعير:

التسعير مسألة قديمة متجددة، ومعنى ذلك أن يضع الإمام للناس أسعارًا معيّنة يجب الالتزام بها من قبل أصحاب السّلع والبضائع. ويقابله اليوم تدخل الحكومة ممثلة في وزارة التجارة في تحديد أسعار البضائع والسّلع، وضبطها. وقد اختلفت آراء الفقهاء في التسعير بين الحرمة والجواز، وإن كان الجمهور على حرمة التسعير. وقد ذكرها الإمام المباركفوري مجملة؛ عند شرح حديث التسعير. فـ"عَنْ أَنَسٍ، قالَ: غَلاَ السِّعْرُ عَلَى عَهْدِ رسول الله صلى الله عليه وسلم. فَقَالُوا: يَا رسولَ الله، سَعِّرْ لَنَا. فقَالَ: "إنّ الله هُوَ الْمُسَعِّرُ الْقَابِضُ الْبَاسِطُ الرّزّاقُ، وإنّي لأَرْجُو أنْ أَلْقَى رَبّي وَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْكُمْ يَطْلُبُنِي بِمَظْلَمَةٍ في دَمٍ ولاَ مَالٍ". وقد استدلّ بالحديث وما ورد في معناها على تحريم التسعير وأنه مظْلَمَةٌ. ووجهه: أن الناس مسلطون على أموالهم، والتسعير حَجْرٌ عليهم، والإمام مأمور برعاية مصلحة المسلمين، وليس نظرُهُ في مصلحة المشتري برخص الثمن أولى من نظره في مصلحة البائع بتوفير الثمن، وإذا تقابَلَ الأمران وجب تمكين الفريقين من الاجتهاد لأنفسهم. وإلزام صاحب السلعة أن يبيع بما لا يرضى به منافٍ لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمۡ﴾ النساء: ٢٩. وإلى هذا ذهب جمهور العلماء. ورُوِي عن مالك أنه يجوز للإمام التسعير. وأحاديث الباب تردُّ عليه. وظاهر الأحاديث: أنه لا فرق بين حال الغلاء ولا حال الرخص، ولا فرق بين

المجلوب وغيره. وإلى ذلك مال الجمهور. وفي وجهٍ للشافعيّة، جواز التسعير في حال الغلاء. وظاهر الأحاديث عدم الفرق بين ما كان قوتًا للآدمي ولغيره من الحيوانات، وبين ما كان من غير ذلك من الإدامات وسائر الأمتعة"[٧٠]. ولست بصدد جَلْب أقوال الفقهاء ومناقشتها؛ لأنّ هذا ليس موضعًا لذلك. والذي يترجح عندي: أنّ الأصل حُرْمة التسعير، إذ الأصل إباحة التساوم والربح دون تحديد لذلك. ويجوز التسعير إذا اقتضت الحاجة ذلك.

وهذه المسألة تختلف عن ما سبق في كون الرسول صلى الله عليه وسلم امتنع من تقييد المباح أو التصرّف فيه بالتسعير، وتقييد السّلع بسعر معيّن؛ وهذا الذي جعل جمهور الفقهاء يرون حُرْمة التسعير مطلقا للأقوات أو غيرها؛ لا في رخصٍ ولا في غلاءٍ[٧١]؛ وإن كان يرى جواز التصرّف في الإباحة وتقييدها. فصاحب البضاعة يباح له أن يبيع بضاعته بالسّعر الذي يرتضيه، ويحقق له الربح المناسب لتجارته. والتسعير تقييد لما أبيح له؛ لأنه في حال التسعير يُجْبر على البيع بسعر محدد. ولكن امتناع الرسول صلى الله عليه وسلم يحتمل أن يكون سببه أن الغلاء لم يبلغ مبلغًا يَقْوَى معه التصرُّف في المباح بتحديد السّعر؛ فلم تكن هناك حاجة أو ضرورة تقتضي التسعير؛ كأن يكون الغلاء عامًّا تضرر به كثير من الناس، أو يكون سبب الامتناع تنزيهًا لمقام النبوة عن مثل هذه الأمور، وأنكم أنتم أعلم بشؤون دنياكم؛ لأنّ التسعير يحتاج معرفةً بالسّوق والأسعار وما يحتاج إلى تسعير. ولم يكن الرسول صلى الله عليه

(٧٠) المباركفوري، أبو العلا محمد بن عبد الرحمن بن عبد الرحيم: تحفة الأحوذي شرح جامع الترمذي، تحقيق رائد بن صبري (عمّان: بيت الأفكار الدولية، ٢٠٠٤)، مج ١، ص ١٢٧٨.

(٧١) انظر: الحسني، محمد أبو الهدى اليعقوبي: أحكام التسعير في الفقه الإسلامي (بيروت: دار البشائر الإسلاميّة، ١٤٢١ هـ/٢٠٠٠ م)، ص ٩٥ وما بعدها.

وسلم متفرِّغًا لمثل هذا الأمر؛ لأنّ التسعير دون خِبْرة بالسّوق يؤدي إمَّا إلى ظلم البائع أو ظلم المشتري؛ وكلاهما حرام. وهذا الاحتمال الثاني يدل عليه ما ورد في الحديث من تعليل للامتناع عن التسعير في قوله صلى الله عليه وسلم: "وإنّي لأَرْجُو أنْ ألْقَى رَبّي وَلَيْسَ أحَدٌ مِنْكُمْ يَطْلُبُنِي بِمَظْلَمَةٍ في دَمٍ ولاَ مَال". فإذا أضفنا إليه أنّ التسعير لم يكن هناك ضرورة تقتضيه، ولم تُلْجِئْ إليه حاجة، ولو سُعِّر فقد تحدث مصلحة لفئة قليلة من الناس وتتضرر فئة أخرى أعظم من الأولى؛ فيَتقوى بذلك القول بأنّ تحريم التسعير هو الأصل: فإذا وقع ما يقتضي التسعير دفعًا للضرر، وتقليلًا من المفسدة فلا أرى مانعًا من تقييد المباح، والقول بجواز التسعير. ومِن ثَمَّ فيجوز للإمام أن يسعّر إذا اقتضت المصلحة ذلك، وأن يتصرّف في ما أبيح للتجار أن يتبايعوا به؛ دفعًا للضر عن المجتمع، إذا كان الضرر عامًّا لا خاصًّا.

وقد أشار ابن القيّم إلى جواز التسعير؛ ولكن حمله على الإلزام بسعر المِثْل بقوله: "وأما التسعير فمنه ما هو ظُلْمٌ ومنه ما هو عدل جائز؛ فإذا تضمَّن ظُلمَ النَّاس وإكراهم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه، أو منْعهم مما أباح الله لهم فهو حرام. وإذا تضمن العدل بين الناس؛ مثل: إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المِثْل، ومنْعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المِثْل فهو جائز؛ بل واجب"(٧٢). ولكن هذه المسألة هنا تختلف نوع اختلاف عن ما ذكره ابن القيم؛ إذ الحديث هنا عن التسعير مُطلقًا، وليس إلزام الناس بسعر المِثْل. فمن باب التصرّف في الإباحة الإلزامُ بالتسعير؛ سواء كان في ذلك سعر المثل أو سعرٍ آخر تندفع به عن الناس مفسدة عامة.

(٧٢) ابن القيم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر: الطرق الحكمية في السياسة الشرعيّة، تحقيق محمد حامد الفقي (القاهرة: مطبعة السنة المحمديّة، ١٣٧٢هـ/١٩٥٣م)، ص ٢٤٤.

ويكون ذلك التسعير مقيدا بتلك المفسدة فمتى زالت زال لزوم التسعير. ويضاف إلى ذلك: أنّ المفسدة التي تَطال عامَّة الناس في المجتمع قد يكون سببها تَلاعُبَ التُّجار بالأسعار أو بسبب الاحتكار؛ ففي مثل هذه الحال يجوز للإمام أو من ينوب عنه أنْ يُسعِّر لهم. فالبيع في أصله مباح لا يتقيد بسعر؛ فإذا كان هناك ما يدعو إلى التسعير بالضوابط التي سبق بيانها فيجوز حينها التصرّف في المباح بالتسعير؛ لاسيما إذا كانت السّلعة من الأقواتِ، أو مما يحتاج الناس إليه حاجة عامَّة. فيجوز لوليّ الأمر مثلًا أن يتدخل بالتسعير في حال الاحتكار الذي يتسبب في غلاء الأسعار غلاءً فاحشًا، وفي حال حصر بيع السِّلع على أناس معينون، أو التواطؤ على ذلك من أجل دفع ضرر عن عامّة الناس بسبب الغلاء. ولكن بشرط المحافظة على مبدأ العدل في التسعير فلا يكون فيه إجحاف بالتّجار وظلم لهم. ولتحقيق ذلك يستعين ولي الأمر بمن لهو خبرة بالسّوق، ومعرفة بالأسعار، وأخذ رأي التّجار في التسعير.

٣ـ الزواج من الكتابيات:

لقد سبقت الإشارة إلى أنّ من اجتهادات عمر رضي الله عنه في تصرّفه في المباح مَنْعَه كبار الصحابة وأهل القدوة منهم من الزواج من الكتابيات(٧٣)، خشية أن يقتدي بهم المسلمون، فيؤدي ذلك إلى رغبة في الكتابيات، ورغبة عن المسلمات، وفي ذلك فتنة في الأرض وفساد كبير؛ ناهيك عن أنّ عمر رضي الله عنه قد احتاط للمسلمين حتى لا يتعاطوا المومسات منهن. وهذا التصرّف من عمر رضي الله عنه لم يكن على سبيل العموم؛ بل كان على سبيل الخصوص؛ إذ يختصّ بالولاة وكبار الصحابة

(٧٣) ينظر من البحث ص ١٧ – ١٩.

رضـي الله عنه الذيـن يُقْتَدى بهم. وأما المسـألة اليوم وإن كانـت متعلقة بالزواج من الكتابيـات فإنهـا تختلف عنها من حيث جواز المنع مطلقًـا، ولا يَختص بفئة معيّنة كما كان عليـه الحـال في خلافة الفاروق عمر رضـي الله عنه. ولعلّ أهم سـبب في ذلك عندي: اختلاف الواقع بين العصرين: ففي خلافة عمر رضـي الله عنه لم يكن الزواج من الكتابيات ظاهرة عامة في المجتمع الإسـلامي، ولكن خشي أن يفشو هذا الأمر إذا اقتـدى الناس بمن هم أهْلٌ لأنْ يُقْتَدى بهم: وأيضـا لم تكن الكتابيات في ذلك العصر على فساد أخلاقي، وإباحية، وبُعْدٍ عن تعاليم التوراة والإنجيل كما هو الحال الذي عليه الكتابيات اليوم في المجتمعات الأروبية والأمريكيّة. وعليه؛ فيمكن القول برجحان مَنْع المسـلمين عموما من الزواج من الكتابيـات، ولا يختصّ هذا المنع بالولاة وكبار القوم الذين يقتدي بهم من هم دونهم كما كان في خلافة عمر رضي الله عنه.

فالملاحظ اليوم أن الزاوج من الكتابيات أصبح ظاهرة اجتماعية كان لها أضرار بارزة المعالم على المسلمين؛ سواء بالنسبة لمن تزوج من المسلمين أو للمسلمات. فأما بالنسبة لشـباب المسـلمين فأغلبهم يتزوج إما بدافع الجمال المفرط للمرأة الغربية أحيانًا، وقد يكون لمصلحة مادية: مثل الحصول على إقامة أو جنسية بلد المرأة التي تزوجها؛ وبذلك يغضّ الطرف عن هذه المرأة من حيث حفظها لعرضـها؛ فلا يبالي أوقع على عفيفة أم على عاهرة مومس. وكذلك لا يبالي أن تكون ممن تتخذ أو لا تتخذ أخدانًا؛ فيسـتوي عنده الخبيث والطيّب، لاسيما أن الغرب يعطي الحرية المطلقة للمرأة أن تفعل ما تشاء. وبهذا القانون لا يسـتطيع زوجها المسلم أن يمنعها لا من الفحش، ولا من اتخاذ أخدان حتـى إن أراد ذلك، وكانت له مروءة، وبقيّة من التدّيـن. وهذا المنع من التصرُّف في إباحة الزواج من الكتابيات يُعضّده حديث: "النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم، قَالَ: "تُنْكَحُ

الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ لِمَالِهَا وَلِحَسَبِهَا وَجَمَالِهَا وَلِدِينِهَا، فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَدَاكَ"[٧٤]. يقول ابن حجر: "والمعنى أن اللائق بذي الدين والمروءة أن يكون الدين مطمح نظره في كل شيء؛ لا سيما في ما تطول صحبته. فأمَرَه النبي صلى الله عليه وسلم بتحصيل صاحبة الدين الذي هو غاية البغية"[٧٥].

وكذلك المجتمعات الغربية وما أفرزته من مفاهيم غريبة عن تعاليم أهل الكتاب في ما يتعلق بالأسرة، والعلاقة بين أفراد الأسرة ونظامها، والسّلوكيات، والإباحية المطلقة التي تهيمن على تصرّفاتهم تجعل القول بالمنع من الزواج من الكتابيات له قوة ورجحان على التمسّك بأصل الإباحة، وأنّ هذا المنع مؤقَّتٌ، ولا يرفع حكم الإباحة الثابت في الكتاب المجيد. فإذا كان علماؤنا في السّابق لاحظوا أن النصرانية قد تروَّمت ولم يتنصّر الروم، فاليوم قد زادت النصرانية تروُّمًا وتغرُّبًا، وابتعد الغرب عن تعاليم أهل الكتاب بُعْد ما بين المشرقين. ويضاف إلى ذلك: إلى أن المسلمين في المجتمعات الغربية يمثلون أقلية، فإذا فُتِح الباب للزواج من الكتابيات، فهذا يعود بالضرر الكبير على المسلمات هناك؛ حيث لا تجد زوجًا مسلمًا، ولا يجوز لها إلا أن تتزوجَّ بمسلم. وبقاء مسلمات في المجتمعات الغربية بدون زوج فيه فتنة كبيرة لهنّ، وقد يؤدي ذلك إلى انحرافهنّ، والوقوع في الفاحشة، أو أنْ تَتعفّف فتُحْرم من حياة الزوجية، وما يتبعها من أمومة ورعاية. وهذه أمور لا يقرّها الشرع ولا يرضاها؛ لما فيها من ضرر. فإذا كان دفْع هذا الضرر بالمنع من مباح وهو الزواج من الكتابيات، فلا ضَير حينها من مثل هذا التصرّف المؤقت في المباح. ناهيك عن دفْع مفسدة الزواج من المومسات الفاجرات من أهل

(٧٤) صحيح البخاري، للإمام البخاري، كتاب النكاح، - باب: الأكفاء في الدين. مسلم: الصحيح، - مرجع سابق -، ص ٣٦٥. وقد رواه في كتاب الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين، ورقم الحديث ١٤٦٦.

(٧٥) ابن حجر، أحمد بن علي: فتح الباري بشرح صحيح البخاري – مرجع سابق -، مج ٢، ص ٢٢٤٥.

الكتاب؛ لاسيما إذا وقع تساهُل في الزواج من أيّ كتابيّة دون تثبُّت حتى يتبيّن حالها، ويظهر أمرها. ويقوي هذا التصرُّف ويعضده؛ أنّ دفْع المفسدة إذا تعارض مع جلب المصلحة ورجحت المفسدة عليها عند الموازنة قُدّم دفع المقسدة؛ لأنه أولى بالتقديم من جلْب المصلحة في حال التعارُض ورُجحان المفسدة.

خاتمة

بعد هذه المحاولة لبحث هذا الموضوع، وتناول مختلف مسائله، وفي هذه الخاتمة أجمل النتائج التي توصلت إليها وهي:

١ - إنّ أصل الإباحة ملائم لتصرفات الشارع، ومناسب تمام المناسبة لمقصد الشريعة من التيسير على العباد، ورفْع الحرج عن المكلّفين، ووضْع الإصر والأغلال التي كانت عليهم.

٢ - يلاحِظ الناظر في عمومات النصوص الشرعية أنه لا يجوز لغير الشارع أن يتصرّف في الأحكام، ولا أحد غير الشارع يملك تبديل الأحكام وتغييرها؛ لأنّ ذلك يُعَدُّ تصرُّفًا في ما لا يملك الناس التصرّف فيه شرعًا. فالحاكم هو الله جلّ جلاله فله الأمر والنهي، والإيجاب والتحريم، وهو المتصرّف في التشريع حِلًّا وإباحة، وهو تصرُّفٌ مُطْلَقٌ يَحكم ولا معقِّب لحكمه.

٣ـ قد يجوز أحيانا لوليّ الأمر أو ما يقابله في أنظمة الحكم الحديثة؛ مثل رئيس الدولة ما لا يجوز لغيره؛ فيتصرّف في بعض الأحكام المتصفة بالحلّ والإباحة، فيحول بين الناس وبين ذلك إمَّا بالمنع منها أو الإلزام بها.

٤ - هذا التصرّف ليس كما جاء واتفق، ولا يكون تابعًا للهوى يصرّفه الوالي كيف

شاء، بل لابد من ضوابط تحكم هذا التصرّف حتى يكون ذلك خادمًا لمقاصد الشارع، ومحقِّقًا لأهدافه وغاياته، بعيدًا عن اتباع الهوى، ومجتنبًا للوقوع في غايات مصادِمة لإرادة الشارع، ومناقِضة لمقاصده.

٥ - يُعَدُّ تصرّف الإمام في الإباحة جائزًا شرعًا بضوابط؛ أهمها: أن يكون في التصرّف مصلحة عامّة لا خاصّة، وأنّ هذا التصرف ليس حُكمًا لازمًا ولا دائمًا، بل هو مؤقَّتٌ بوقت المصلحة التي من أجلها وقع التصرّف في الإباحة، وأنّ هذا التصرّف في الإباحة لا يعدّ نَسْخًا لحكم الإباحة.

٦ – يعدّ المنع من ادِّخار الطعام إذا أصابت الناس مخمصة عامة من التطبيقات المعاصرة التي تصلح للتصرّف فيها بالمنع والإلزام؛ فيجوز حينها للإمام أن يضع حدًّا للتصرُّف في المباحات، وأن يمنع الادخار أو حتى التوسّع في المباحات من المأكل والمشرب، من باب السياسة الشرعيّة.

٧ – مثال التسعير، ومعنى ذلك أن يضع الإمام للناس أسعارًا معيّنة يجب الالتزام بها من قبل أصحاب السّلع والبضائع. ومِن ثَمَّ فيجوز للإمام أن يسعّر إذا اقتضت المصلحة ذلك، وأن يتصرّف في ما أبيح للتجار أن يتبايعوا به؛ دفعًا للضرّ عن المجتمع، إذا كان الضرر عامًّا لا خاصًّا. ولكن بشرط المحافظة على مبدأ العدل في التسعير فلا يكون فيه إجحاف بالتّجار وظلم لهم. ولتحقيق ذلك يستعين ولي الأمر بمن لهو خبرة بالسّوق، ومعرفة بالأسعار، وأخذ رأي التّجار في التسعير.

٨ – مَنْع المسلمين عموما من الزواج من الكتابيات، ولا يختصّ هذا المنع بالولاة وكبار القوم الذين يقتدي بهم من هم دونهم. فالزاوج من الكتابيات أصبح ظاهرة اجتماعية كان لها أضرار بارزة المعالم على المسلمين؛ سواء بالنسبة لمن تزوج من

المسلمين أو للمسلمات. وكذلك المجتمعات الغربية وما أفرزته من مفاهيم غريبة عن تعاليم أهل الكتاب في ما يتعلق بالأ

سرة، والعلاقة بين أفراد الأسرة ونظامها، والسّلوكيات تجعل القول بالمنع من الزواج من الكتابيات له قوة ورجحان على التمسّك بأصل الإباحة.

٩ - هناك أمثلة أخرى يمكن بحثها في هذا الصدد؛ مثل: تعدد الزوجات، والإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، وزواج المسيار، والإلزام ببعض العلوم والحِرَف، وغيرها. ولكن ما ذُكر يقاس عليه ما لم يُذْكَر؛ بتطبيق الضوابط التي ذكرناها للتصرّف في الإباحة. والله لموفق والهادي إلى سواء السبيل.



اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات أمام ديوان المظالم

الباب الأول

أحكام عامة

المادة الأولى:

تطبق محاكم الديوان على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة، والأنظمة التي لا تتعارض معهما، وتتقيد في إجراءات نظرها بما ورد في هذا النظام.

١- تحسب المهل المحددة في النظام من اليوم التالي لليوم الذي حدث فيه الأمر المجري لها، وتنقضي بانقضاء اليوم الأخير منها، وإذا صادف آخرها عطلة رسمية امتدت إلى أول يوم عمل بعدها.

٢- تُعد الإدارة المختصة الإجراءات والنماذج اللازمة لإنفاذ النظام واللائحة، ويصدر باعتمادها قرار من رئيس مجلس القضاء الإداري.

٣- يجوز أن تتم الإجراءات المنصوص عليها في النظام واللائحة إلكترونياً وفق قرار يصدره مجلس القضاء الإداري.

المادة الثانية:

يكون الاختصاص المكاني للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مقر المدعى عليه، أو مقر فرع الجهة المدعى عليها إن كانت الدعوى متعلقة بذلك الفرع، أو مقر عمل الموظف في الدعوى التأديبية.

٢- لا تكون المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مقر المدعى عليه مختصة مكانياً إذا تعلقت الدعوى بفرع الجهة المدعى عليها.

٢- إذا كان الموظف موقوفاً أو مسجوناً

يكون الاختصاص المكاني للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إيقافه أو سجنه.

٣- تفصل المحكمة الإدارية العُليا في تنازع الاختصاص بين محاكم الديوان.

المادة الثالثة:

يجوز أن يتم الإبلاغ بالمواعيد والإجراءات المنصوص عليها في هذا النظام بكتاب مسجل مع إشعار بالتسلُّم.

١- تبلغ الجهات الإدارية بوساطة الوزراء المختصين أو مديري المصالح أو رؤساء المؤسسات أو الهيئات العامة أو من يقوم مقامهم.

٢- يبلغ الموظف في الدعوى التأديبية بوساطة جهة عمله، وإن تعذر ذلك فوفق إجراءات التبليغ المنصوص عليها في نظام المرافعات الشرعية.

المادة الرابعة:

يجب أن تشتمل أوراق التبليغ على البيانات المنصوص عليها في نظام المرافعات الشرعية. ولمجلس القضاء الإداري إضافة ما يلزم من بيانات ومرافقات أخرى.

الباب الثاني
رفع الدعوى وقيدها

المادة الخامسة:

ترفع الدعوى الإدارية بصحيفة يودعها المدعي أو مَنْ يمثله لدى المحكمة المختصة. ويجب أن تشمل الصحيفة البيانات المنصوص عليها في نظام المرافعات الشرعية، مع مراعاة ما ورد في الفقرة (٢) من هذه المادة، وأن يرافق صحيفة الدعوى ومستنداتها صور منها بعدد المدعى عليهم. ولمجلس القضاء الإداري عند الاقتضاء إضافة ما يلزم من بيانات ومرافقات أخرى لصحيفة الدعوى بقرار ينشر في الجريدة الرسمية.

يجب في الدعاوى المنصوص عليها في الفقرتين (أ) و (ب) من المادة (الثالثة)

عشرة) من نظام ديوان المظالم أن تتضمن صحيفة الدعوى تاريخ الإبلاغ بالقرار، أو العلم به، أو نشره في الجريدة الرسمية - بحسب الأحوال - وتاريخ التظلم ونتيجته.

١-تودع صحيفة الدعوى لدى إدارة الدعاوى والأحكام بالمحكمة بحضور المدعي أو من يمثله.

٢- لا يجمع في الدعوى بين أكثر من مدع، أو عدة طلبات لا رابط بينها، أو دعوى الإلغاء والتعويض.

٣- يجب أن تتضمن صحيفة الدعوى بالإضافة إلى البيانات المنصوص عليها في نظام المرافعات أمام ديوان المظالم ونظام المرافعات الشرعية الآتي:

رقم الهاتف المتنقل لكل من المدعي ومن يمثله.

صفة ممثل المدعي، وسند الصفة، ورقم وتاريخ انتهاء الرخصة للمحامي.

٤. يجب أن يرافق صحيفة الدعوى الآتي:

أ- صورة من هوية المدعي ومن يمثله، ومستند التمثيل.

ب- صورة من عقد تأسيس الشركة، والسجل التجاري للمؤسسات والشركات.

ج- ترجمة مُعتمدة للمستندات غير العربية.

٥- يجب أن تكون المستندات المرافقة لصحيفة الدعوى مفهرسة.

٦- في تطبيق الفقرة (٢) من هذه المادة يُكتفى بالآتي:

أ- تاريخ التظلم ونتيجته في الدعاوى المنصوص عليها في المادة (١٣ / أ) من نظام ديوان المظالم.

ب- تاريخ العلم بالقرار في دعاوى الإلغاء التي يجوز رفعها دون تظلم.

المادة السادسة:

١- تقيد الإدارة المختصة في المحكمة صحيفة الدعوى إذا كانت مستوفية

المطلوب وفقاً للمادة (الخامسة) من هذا النظام، وإذا قررت عدم قيدها؛ لعدم الاستيفاء، فعلى طالب القيد استيفاء ما نقص خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغه بذلك، وإن لم يستوفِ ما طلب منه خلال هذه المدة عُدَّ الطلب كأن لم يكن. فإن قيدت الدعوى بعد الاستيفاء عدت مقيدة من تاريخ تقديم طلب القيد. على أنه يجب على الإدارة إثبات تاريخ طلب القيد في جميع الأحوال.

وتثبت الإدارة - بحضور مَنْ أودع صحيفة الدعوى - تاريخ الجلسة المحددة لنظرها، وتحيل الدعاوى إلى الدوائر وفقاً لقواعد يصدرها رئيس مجلس القضاء الإداري.

٢- تبلغ - بالإضافة إلى الجهة المدعى عليها - كلٌ من وزارة المالية وديوان المراقبة العامة بموعد نظر الدعوى. وإذا كانت تتعلق بشؤون الخدمة المدنية فتبلغ به وزارة الخدمة المدنية، ويجب ألا تقل المدة بين الإبلاغ وتاريخ الجلسة عن ثلاثين يوماً. ولكل من وزارة المالية وديوان المراقبة العامة ووزارة الخدمة المدنية - بحسب الحال - أن ترسل وجهة نظرها إلى المحكمة الإدارية، أو أن تطلب الاشتراك في المرافعة، وذلك قبل موعد الجلسة بوقت كافٍ.

يفصل رئيس المحكمة في التظلم من عدم قيد الصحيفة.

تبلغ وزارة المالية وديوان المراقبة العامة بالدعاوى التي تم تحديدها بالتنسيق معهما دون غيرها.

إذا أعيدت الدعوى إلى المحكمة ولم يكن فيها إلا دائرة واحدة واقتضى الأمر الإحالة إلى غيرها، يكلف مجلس القضاء الإداري من ينظرها.

المادة السابعة:

ترفع الدعوى التأديبية بإيداع صحيفتها وجميع أوراق التحقيق لدى المحكمة

المختصة. ويجب أن تتضمن الصحيفة اسم الموظف، وصفته، ومقر عمله، والمخالفة المنسوبة إليه، ومكان وقوعها، وأدلتها، والنصوص النظامية المطلوب تطبيقها.

تودع صحيفة الدعوى التأديبية لدى إدارة الدعاوى والأحكام وفق النموذج المعتمد وتحيلها فور قيدها، وتحدد الدائرة موعداً لنظرها تُبلغ به طرفي الدعوى وتزود المدعى عليه بصورة من صحيفة الدعوى.

المادة الثامنة:

١- يجب في الدعاوى المنصوص عليها في الفقرة (أ) من المادة (الثالثة عشرة) من نظام ديوان المظالم، أن يسبق رفعها إلى المحكمة الإدارية التظلم إلى وزارة الخدمة المدنية أو الجهة العسكرية التابع لها الموظف خلال عشر سنوات من تاريخ نشوء الحق المدعى به، ما لم يقر المدعى عليه بالحق أو يكن ثمة عذر شرعي حال دون رفع الدعوى يثبت لدى المحكمة.

وعلى وزارة الخدمة المدنية أو الجهة العسكرية التابع لها الموظف أن تبت في التظلم خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه.

٢- إذا صدر قرار وزارة الخدمة المدنية أو الجهة العسكرية التابع لها الموظف برفض التظلم، أو مضت المدة المحددة في الفقرة السابقة دون البت فيه، جاز رفع الدعوى إلى المحكمة الإدارية خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بالقرار الصادر بالرفض أو انقضاء الستين يوماً المذكورة دون البت في التظلم أو خلال ما تبقى من السنوات العشر المذكورة في الفقرة (١) من هذه المادة أيهما أطول. ويجب أن يكون القرار الصادر من وزارة الخدمة المدنية أو الجهة العسكرية التابع لها الموظف برفض التظلم مسبباً.

إذا صدر قرار وزارة الخدمة المدنية أو الجهة العسكرية التابع لها الموظف بأحقية المدعي فيما يطالب به ولم تقم

الجهة الإدارية بتنفيذه خلال ستين يوماً من تاريخ إبلاغه، جاز رفع الدعوى إلى المحكمة الإدارية خلال الستين يوماً التالية لهذه المدة أو خلال ما تبقى من السنوات العشر المذكورة في الفقرة (١) من هذه المادة أيهما أطول.

٤- فيما لم يرد به نص خاص، يجب في الدعوى - المنصوص عليها في الفقرة (ب) من المادة (الثالثة عشرة) من نظام ديوان المظالم إن لم تكن متعلقة بشؤون الخدمة المدنية - أن يسبق رفعها إلى المحكمة الإدارية التظلم إلى الجهة مصدرة القرار خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بهذا القرار، ويتحقق العلم به بإبلاغ ذوي الشأن به أو بنشره في الجريدة الرسمية إذا تعذر الإبلاغ. وعلى تلك الجهة أن تبت في التظلم خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه، وإذا صدر القرار بالرفض وجب أن يكون مسبباً، ويعد مضي ستين يوماً من تاريخ تقديم التظلم دون البت فيه بمثابة صدور قرار برفضه. ويجب قبل رفع الدعوى إذا كانت متعلقة بشؤون الخدمة المدنية التظلم إلى وزارة الخدمة المدنية وحدها دون الجهة الإدارية وذلك خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بالقرار. وعلى وزارة الخدمة المدنية أن تبت في التظلم خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه. وإذا صدر قرارها برفض التظلم أو مضت المدة المحددة دون البت فيه، جاز رفع الدعوى إلى المحكمة الإدارية خلال ستين يوماً من تاريخ العلم بالقرار الصادر بالرفض أو انقضاء الستين يوماً المذكورة دون البت في التظلم. ويجب أن يكون قرار وزارة الخدمة المدنية برفض التظلم مسبباً. وإذا صدر قرار وزارة الخدمة المدنية لمصلحة المتظلم ولم تقم الجهة الإدارية بتنفيذه خلال ستين يوماً من تاريخ إبلاغه، جاز رفع الدعوى إلى المحكمة الإدارية خلال الستين يوماً التالية لهذه المدة.

٥- استثناءً من الأحكام الواردة في الفقرة السابقة؛ للمحكمة أن تقبل دعوى الإلغاء - خلال فترة التظلم الوجوبي - في الحالات المستعجلة متى اقترنت بطلب وقف تنفيذ القرار الإداري المطلوب إلغاؤه بشرط التظلم إلى الجهة مصدرة القرار، وتبت المحكمة على وجه السرعة في طلب وقف التنفيذ، وتنظر في موضوع الدعوى بعد انتهاء فترة التظلم الوجوبي أو إذا رفضت الجهة مصدرة القرار تظلمه قبل انتهاء هذه الفترة.

٦- فيما لم يرد به نص خاص، لا تسمع الدعاوى المنصوص عليها في الفقرتين (ج، د) من المادة (الثالثة عشرة) من نظام ديوان المظالم بعد مضي عشر سنوات من تاريخ نشوء الحق المدعى به، ما لم يقر المدعى عليه بالحق أو يتقدم المدعي بعذر تقبله المحكمة المختصة.

المادة التاسعة:

مع عدم الإخلال بما ورد في الفقرة (٥) من المادة (الثامنة) من هذا النظام، لا يترتب على رفع الدعوى وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه، على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذه إذا طلب ذلك ورأت المحكمة أن تنفيذه يرتب آثاراً يتعذر تداركها.

١- في جميع الأحوال تقدم الطلبات العاجلة إلى إدارة الدعاوى والأحكام بحضور مُقدمها أو من يمثله، وتحيلها فور قيدها إلى الدائرة.

٢- يتم البت في الطلب عند الاقتضاء في اليوم التالي لإحالته للدائرة، ولا يتم ذلك إلا بعد التحقق من الاختصاص وشروط قبول الدعوى.

٣- تحيل الدائرة الحكم الصادر في الطلب خلال أربع وعشرين ساعةً من النطق به إلى إدارة الدعاوى والأحكام مرافقاً له الآتي:

أ- النسخة الأصلية للحكم الصادر في الطلب.

ب- صورة من الطلب.

ج- صورة من صحيفة الدعوى.

د- صورة من محضر جلسة نظر الطلب.

هـ - صورة من المستندات والأوراق التي ترى الدائرة ضرورة إرفاقها.

٤- تحيل إدارة الدعاوى والأحكام الاعتراض على الحكم مع المرافقات المشار إليها في الفقرة السابقة إلى محكمة الاستئناف الإدارية في اليوم التالي على الأكثر من تقديمه.

٥- ينقضي حكم الدائرة في الطلب بحكمها برفض الدعوى.

الباب الثالث
النظر في الدعوى والحكم فيها

المادة العاشرة:

تكون إجراءات نظر الدعوى والمرافعة فيها كتابية، على أنه يجوز للدائرة سماع الأقوال والدفوع مشافهة، وإثبات ما تراه من ذلك في محضر الجلسة.

١- يجب أن تكون المذكرات المقدمة من أطراف الدعوى موقعة من مقدمها، ومرافقاتها مرقمة ومفهرسة، ويقدم صور منها بعدد أطراف الدعوى.

٢- لا يجوز لقضاة الدائرة وموظفيها مقابلة أطراف الدعوى أو الاستماع لهم أو قبول ما يقدمونه من أوراق أو مذكرات إلا أثناء نظر الدعوى في قاعة الجلسات، كما لا يجوز التواصل معهم بأي وسيلة.

المادة الحادية عشرة:

في سبيل نظر الدعوى يجوز وفقاً لقرار يصدر من مجلس القضاء الإداري الآتي:

١- أن تعهد الدائرة إلى أحد قضاتها تحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعة، وفقاً لما يلي:

أ- أن يعد القاضي - بعد إتمام التحضير - تقريراً عن الدعوى يحدد فيه الوقائع والمسائل التي تثيرها، ثم تُحدد جلسة لتنظر الدائرة في الدعوى.

ب- أن للقاضي تكليف أطراف

الدعوى بتقديم مذكرات ومستندات تكميلية، واستدعاء ذوي الشأن لسؤالهم عن الوقائع التي يرى لزوم تحقيقها، وإدخال وقبول تدخل من يصح اختصامه، وغير ذلك من الإجراءات اللازمة لتحضير الدعوى.

٢- تبادل المذكرات بين الأطراف عن طريق أحد المختصين في المحكمة.

١- يجب على الدائرة أن تتحقق في الجلسة الأولى المحددة لنظر الدعوى من المسائل الأولية المتعلقة بالاختصاص وشروط قبول الدعوى ويثبت هذا التحقق في محضر الجلسة.

٢- تعقد الجلسات وفق جدول يشمل جميع أيام عمل الأسبوع يضعه رئيس المحكمة، وتُفتتح في الساعة الثامنة والنصف صباحاً.

٣- تعقد كل دائرة جلسة واحدة في الأسبوع لا يقل عدد الدعاوى المنظورة فيها عن خمسين دعوى، ويجوز تحديد جلسة أخرى في الأسبوع لسماع الشهود والخبراء ومناقشتهم بشرط أن تُقرر الحاجة لذلك في جلسة النظر، أو في الحالات المستعجلة.

المادة الثانية عشرة:

مع مراعاة ما نصت عليه المادة (الحادية عشرة) من هذا النظام؛ لا تصح جلسات الدائرة إلا بحضور جميع قضاتها، وممثل الادعاء في الدعوى التأديبية. فإن لم يكتمل تشكيل الدائرة، يكلف رئيس مجلس القضاء الإداري مَنْ يكمله من قضاتها مدة لا تتجاوز ستين يوماً، ولرئيس المجلس تفويض رئيس المحكمة بذلك.

١- إذا تعذر اكتمال العدد اللازم نظاماً لنظر الدعوى يثبت ذلك في محضر الجلسة ويؤجل نظر الدعوى.

المادة الثالثة عشرة:

إدارة الجلسة وضبطها منوطان برئيسها، وله في سبيل ذلك اتخاذ أيٍّ من الإجراءات الآتية:

١- أن يأمر بمحو العبارات الجارحة، أو المخالفة للآداب، أو النظام العام، من أيِّ ورقة يقدمها أطراف الدعوى.

٢- أن يخرِج من قاعة الجلسة من يخل بنظامها، فإن لم يمتثل جاز له أن يأمر على الفور بحبسه أربعاً وعشرين ساعة، أو بتغريمه مبلغاً لا يتجاوز ألف ريال، أو بهما معاً، وله قبل انتهاء الجلسة الرجوع عما أصدره، ويكون أمره نهائياً.

٣- أن يأمر بكتابة محضر عن كل جريمة تقع أثناء انعقاد الجلسة، وإحالة الأوراق إلى الجهة المختصة، وله إن اقتضى الحال أن يأمر بالقبض على من وقعت منه هذه الأفعال.

٤- يثبت الأمر بالحبس أو الغرامة والواقعة محل الإخلال في محضر وتُبلغ المحكمة الجهة المختصة بالأمر لإنفاذه، كما تُحاط به جهة الإدارة إذا صدر بحق أحد ممثليها أو وزارة العدل إذا صدر بحق أحد المحامين.

المادة الرابعة عشرة:

لأيٍّ من أطراف الدعوى الحصول على صور من أوراق الدعوى ومستنداتها ما لم يرَ رئيس الجلسة خلاف ذلك، ولا يجوز التعويل على أيٍّ من أوراق الدعوى ومستنداتها ما لم يمكَّن الأطراف من الاطلاع عليها.

١- يثبت في محضر الجلسة طلب أي من الأطراف الحصول على صور من أوراق الدعوى والمستندات، وما تقرر بشأنه، ولأي من أطراف الدعوى الاستنساخ الكتابي لما دون في محضر الجلسة.

المادة الخامسة عشرة:

١- إذا لم يحضر المدعي الجلسة الأولى جاز للمحكمة أن تحكم في الدعوى إذا كانت صالحة للحكم فيها، أو تقرر شطبها. فإذا انقضت ستون يوماً ولم يطلب المدعي السير فيها بعد شطبها، أو لم يحضر بعد السير فيها، عُدَّت كأن لم تكن.

وإذا طلب المدعي السير فيها بعد ذلك حكمت المحكمة من تلقاء نفسها باعتبار الدعوى كأن لم تكن.

٢- إذا لم يحضر المدعى عليه، فعلى المحكمة تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة تالية يبلغ بها المدعى عليه، فإن لم يحضر فصلت في الدعوى، ويعد الحكم حضوريًا.

٣- يقدَّم طلب السير في الدعوى وفقاً للإجراءات المقررة لرفع الدعوى، على أن يتضمن الطلب بيانات القضية المشطوبة، والدائرة التي نظرتها.

١- لا تسري الفقرة (١) من هذه المادة على الدعاوى التأديبية.

٢- يثبت قرار الشطب في محضر الجلسة.

٣- إذا انقضت الستون يوماً ولم يطلب المدعي السير في الدعوى بعد شطبها، أو لم يحضر بعد السير فيها، تثبت الدائرة ذلك وتحيل ملف الدعوى إلى إدارة الدعاوى والأحكام، وإذا تقدم المدعي بطلب السير في الدعوى فيحال ملف الدعوى للدائرة وتحكم من تلقاء نفسها باعتبار الدعوى كأن لم تكن، ويجري على هذا الحكم الإجراءات المنصوص عليها في النظام.

٤- في تطبيق الفقرة (١) من هذه المادة تكون الدعوى صالحة للحكم فيها إذا أمكن ذلك في الجلسة ذاتها شكلاً أو موضوعاً.

٥- في تطبيق الفقرة (٢) من هذه المادة إذا كانت المستندات المثبتة للدعوى من طبيعتها أن تكون تحت يد جهة الإدارة وحدها فيتم الفصل في الدعوى إذا قدم المدعي ما يسند دعواه بحسب الظاهر وينبئ عن أحقيته فيما يطالب به، أما إذا كانت المستندات مشتركة بين المدعي وجهة الإدارة، أو كان من طبيعتها أن تكون تحت يد المدعي أو يمكنه الحصول عليها من جهة أُخرى غير المدعى عليها، فلا يكتفى

للفصل في الدعوى عدم حضور جهة الإدارة أو عدم الإجابة على الدعوى أو عدم تقديم ما طُلب منها من مستندات.

المادة السادسة عشرة:

إذا حضر المدعي أو المدعى عليه في أي جلسة أمام المحكمة المختصة، أو قدم المدعى عليه مذكرة بدفاعه عُدَّت الخصومة حضورية ولو تخلف أي منهما بعد ذلك. ولا يجوز للمدعي أن يبدى طلبات جديدة في الجلسة التي تخلف عنها المدعى عليه، أو أن يعدِّل أو يزيد أو ينقص في الطلبات الأولى. وكذلك لا يجوز للمدعى عليه أن يطلب - في غيبة المدعي - الحكم عليه بطلب ما.

يعد حاضراً من أثبت حضوره في الجلسة ولو انصرف قبل انتهائها.

لا تقبل المذكرات من أطراف الدعوى إلا في الجلسة، واستثناءً من ذلك يجوز تقديم مذكرة الدفاع الأولى لإدارة الدعاوى والأحكام بالمحكمة المختصة بحضور المدعى عليه أو من يمثله.

٣- لا يجوز تأجيل نظر الدعوى إلا لسببٍ يقتضي ذلك يُثبت في محضر الجلسة، مع تحديد موعد آخر لنظرها.

المادة السابعة عشرة:

للموظف في الدعوى التأديبية أن يحضر الجلسات بنفسه، أو أن يوكل عنه. وللمحكمة أن تقرر حضوره بشخصه واستجوابه، وله أن يبدي دفاعه كتابة أو مشافهة. وإن لم يحضر هو - أو وكيله - بعد إبلاغه، فعلى المحكمة أن تمضي في إجراءات الدعوى، ويعد حكمها في هذه الحالة حضورياً.

المادة الثامنة عشرة:

يحرر أمين سر الدائرة محضر الجلسة تحت إشراف رئيسها، على أن يبين فيه أسماء القضاة الذين حضروا الجلسة، وزمان انعقادها ومكانه، والحاضرين من أطراف الدعوى، وجميع الإجراءات التي تتم فيها، ويوقع المحضر قضاة

الدائرة، وأمين سرها، وأطراف الدعوى.

١- يتحقق رئيس الجلسة من أن محضرها حرر وفقاً لما ورد في هذه المادة، ويأمر بتصحيح ما وقع فيه من أخطاء قبل التوقيع عليه.

٢- إذا امتنع أحد الحاضرين عن توقيع محضر الجلسة فيثبت ذلك في المحضر، ويوقع عليه رئيس الجلسة وأمين السر.

المادة التاسعة عشرة:

إن رأت المحكمة أثناء المرافعة ضرورة إجراء تحقيق تكميلي، باشرت ذلك بنفسها، أو كلفت من يقوم به من قضاتها.

١- يكون إجراء التحقيق التكميلي بقرار تصدره الدائرة في محضر الجلسة تبين سببه وموضوعه ومن يقوم به.

المادة العشرون:

يصدر مجلس القضاء الإداري القواعد الخاصة بالاستعانة بالخبراء، وتحديد أتعابهم.

المادة الحادية والعشرون:

يكون طلب رد القاضي بعريضة تقدم إلى المحكمة، يوضح فيها أسبابه، ويُحال الطلب إلى القاضي المطلوب رده، ليجيب عليه كتابة خلال مدة أقصاها خمسة أيام، فإن لم يُجِب في الموعد المحدد، أو وافق على أسباب الرد وكانت تصلح نظاماً للرد، يصدر رئيس المحكمة قراراً بتنحيته عن نظر الدعوى.

وفي غير الأحوال السابقة، أو إذا كان المطلوب رده رئيس المحكمة، فيُرفع طلب الرد إلى رئيس مجلس القضاء الإداري للفصل فيه. ويترتب على تقديم الطلب وقف النظر في الدعوى إلى حين الفصل فيه.

١- يكون طلب الرد للقضاة وليس للدوائر، ولا يطلب فيه رد أكثر من قاض.

٢- يقدم طلب الرد لإدارة الدعاوى والأحكام، وتحيله إلى رئيس الدائرة لإحالته إلى القاضي المطلوب رده.

٣- في جميع الأحوال يجب إعادة طلب الرد لرئيس المحكمة.

٤- يصدر رئيس المحكمة قراره خلال خمسة أيام من انتهاء المدة المنصوص عليها في المادة، ويكون قراره في هذا الشأن نهائياً.

٥- في الأحوال التي يرفع فيها الطلب إلى رئيس مجلس القضاء الإداري يكون ذلك في اليوم التالي على الأكثر لانتهاء المدة المنصوص عليها في المادة.

٦- تثبت الدائرة وقف نظر الدعوى واستئناف السير فيها.

٧- يكون القاضي ممنوعاً من نظر الدعوى ولو لم يطلب أطراف الدعوى ذلك إذا توفرت فيه إحدى الحالات الواردة في المادة (٩٤) من نظام المرافعات الشرعية، ويجب عليه الإبلاغ عن ذلك كتابةً.

٨- لا يجوز للقاضي أن ينظر اعتراض على حكم صادر ممن تربطه به صلة قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة، كما لا يجوز أن يكون في دائرة أكثر من قاض تربطهم هذه الصلة، وفي هذه الحالة يجب على كل منهم الإبلاغ عن ذلك كتابةً.

المادة الثانية والعشرون:

للقاضي - إذا قامت لديه أسباب يشعر معها بالحرج من نظر الدعوى - أن يعرض أمر تنحيه عن النظر فيها على رئيس مجلس القضاء الإداري للفصل فيه.

١- يجب على القاضي إذا توفرت فيه أحد أسباب الرد المنصوص عليها في المادة (٩٦) من نظام المرافعات الشرعية أن يعرض أمر تنحيه على رئيس مجلس القضاء الإداري للفصل فيه.

٢- لا يترتب على عرض القاضي أمر تنحيه وقف نظر الدعوى.

المادة الثالثة والعشرون:

تفصل المحكمة في الوقائع التي وردت في صحيفة الدعوى التأديبية، ويجوز

لها - من تلقاء نفسـها أو بناءً على طلب جهة الادعاء - إعادة أوراق القضـية إليها للتحقيـق في وقائـع لم ترد في صـحيفة الدعوى، أو مع موظفـين غير من قدّموا للمحاكمة أمامها، إذا كانت أوراق القضية تتضمن ذلك.

وفي جميع الأحوال يجب إعادة القضية إلـى المحكمة، علـى أنه إذا كانـت إعادة أوراق القضـية بناء على قرار من الدائرة من تلقاء نفسـها للتحقيق مع موظفين لم يقدموا للمحاكمة أمامها، فتحال القضـية إلى دائرة أخرى لنظرها.

١- تُعـاد أوراق الدعوى لجهة الادعاء في جميع الأحوال بقرار تصـدره الدائرة تُبين فيه طالب الإعادة وسـببها والمطلوب من جهة الادعاء.

٢- تعـاد الدعـوى إلـى المحكمة وفق الإجراءات المقررة لرفع الدعوى التأديبية وتحيلهـا إدارة الدعـاوى والأحـكام إلى الدائرة بقيدها السابق.

المادة الرابعة والعشرون:

إذا رأت المحكمـة التـي تنظـر دعوى تأديبية أن الواقعة التي وردت في صحيفة الدعوى أو غيرها من الوقائع التي تضمنها التحقيق تشكل جريمة، أحالتها إلى الجهة المختصة لاتخاذ ما يجب نظاماً، وفصلت في الدعـوى التأديبية، مـا لم يكن الحكم في الدعوى التأديبيـة يتوقف على نتيجة الفصـل في الدعـوى الجزائيـة، فيجب وقـف النظـر في الدعـوى الأولى حتى يفصل في الدعوى الثانية.

١- تكون الإحالة إلى الجهة المختصـة بقرار تصدره الدائرة.

المادة الخامسة والعشرون:

تصـدر الأحكام بأغلبية قضاة الدائرة، وينسـب الحكـم إلـى الدائـرة، وعلـى المخالف توضـيح وجهة نظره وأسـبابها، وعلى الأغلبية الرد عليهـا، ويثبت ذلك - أثناء المداولة - في محضر يرافق ملف الدعـوى، ولا يجوز الاطلاع عليه إلا من

المحكمة المعترض على الحكم أمامها.

١- يجب أن تكون المداولة في الأحكام بين القضاة مجتمعين.

٢- لا تثبت وجهة نظر المخالف في المحضر إلا إذا كانت أثناء المداولة ومقرونة بأسبابها.

٣- تعد مسودة نسخة الحكم من القاضي ولو كان مخالفاً.

المادة السادسة والعشرون:

يجب أن تودع في ملف الدعوى عند النطق بالحكم مسودته المشتملة على وقائعه وأسبابه موقعة من قضاة الدائرة.

ويجب أن يحدد - بعد النطق بالحكم - موعداً لتسليم صورة من نسخته لا يتجاوز أربعاً وعشرين ساعة في الأحكام العاجلة، وخمسة عشر يوماً في الأحكام الأخرى.

١- يجب أن يحضر القضاة الذين اشتركوا في المداولة النطقَ بالحكم، وإذا حصل لأحدهم ظرف طارئ يمنع حضوره جاز النطق إذا كان قد وقع مسودة الحكم.

٢- إذا اقتضى الحال تأجيل النطق بالحكم فتعلن الدائرة ذلك في الجلسة وتبين سببه في محضر الجلسة، وتحدد موعداً آخر للنطق به، ولا يجوز تأجيله مرة أُخرى.

المادة السابعة والعشرون:

يجب أن يبين في نسخة الحكم المحكمة التي أصدرته، ومكانها، وتاريخ إصداره، وما إذا كان صادراً في دعوى إدارية أو تأديبية، والدائرة وقضاتها، واسم ممثل الادعاء وطلباته، وأسماء أطراف الدعوى وصفاتهم، وموطن كلٍ منهم وحضورهم أو غيابهم، وأسماء ممثليهم. ويجب أيضاً أن تشتمل نسخة الحكم عرضاً مجملاً لوقائع الدعوى، ثم طلبات أطراف الدعوى وملخصاً وافياً لدفوعهم ودفاعهم الجوهري، ثم أسباب الحكم ومنطوقه. ويجب كذلك أن تشتمل نسخة الحكم الصادر بالتفسير بيانات الحكم المُفسَّر.

ويوقع قضاة الدائرة وأمين سرها نسخة الحكم الأصلية، وتودع في ملف الدعوى قبل الموعد المحدد لتسليم صورتها.

١- إذا تعدد المثلون فيذكر بالإضافة إلى من قدم صحيفة الدعوى ومذكرة الدفاع الأولى من حضر جلسة النطق بالحكم.

٢- يجب أن تذكر في أسباب الحكم النصوص الشرعية والنظامية التي استند إليها.

٣- تكتب المبالغ في أسباب الحكم ومنطوقه بالأرقام والحروف.

٤- تتولى المحكمة مصدرة الحكم النهائي النظر في طلب تصحيح الحكم أو تفسيره.

المادة الثامنة والعشرون:

يوقع الموظف المختص في المحكمة صورة من نسخة الحكم غير التنفيذية، وتختم بختمها، وتسلم لمن يطلبها من ذوي الشأن، ويجوز تسليمها لغيرهم بإذن من رئيس المحكمة.

١- تُسلم نسخ الأحكام من إدارة الدعاوى والأحكام في المحكمة مصدرة الحكم.

٢- لا تسلم نسخة الحكم قبل اليوم المحدد للتسليم.

٣- إذا لم ترد أوراق الدعوى إلى إدارة الدعاوى والأحكام قبل اليوم المحدد للتسليم فيجب عليها إبلاغ رئيس المحكمة.

٤- ذوو الشأن: أطراف الدعوى والمدخلين فيها، ومن أوجب النظام إبلاغهم بالدعوى من الجهات الإدارية.

المادة التاسعة والعشرون:

تذيَّل صورة نسخة الحكم التي يكون التنفيذ بموجبها بالصيغة التنفيذية، ويوقعها الموظف المختص في المحكمة، وتختم بختمها، ولا تسلم إلا إلى طرف الدعوى الذي تعود إليه منفعة من تنفيذ الحكم.

١- لا تُذيل بالصيغة التنفيذية إلا الأحكام القابلة للتنفيذ.

المادة الثلاثون:

١- الصيغة التنفيذية للأحكام الصادرة ضد جهة الإدارة، وللأحكام الصادرة في الدعاوى التأديبية هي:(على الوزراء ورؤساء الأجهزة الحكومية المستقلة تنفيذ هذا الحكم وإجراء مقتضاه).

٢- الأحكام الصادرة بفصل موظفي المرتبة (الرابعة عشرة) فما فوقها أو ما يعادلها تنفذ بعد تصديق الملك عليها.

٣- الأحكام غير المذكورة في الفقرة (١) من هذه المادة تُذيل بالصيغة التنفيذية الواردة في المادة (١٦٨) من نظام المرافعات الشرعية.

المادة الحادية والثلاثون:

١- إذا امتنعت الإدارة المختصة في المحكمة عن تسليم الصورة التنفيذية الأولى لنسخة الحكم، جاز لطالبها الاعتراض على ذلك بعريضة تقدم إلى رئيس المحكمة ليفصل فيه.

٢- لا تسلم صورة تنفيذية ثانية لنسخة الحكم لمن سبق أن تسلمها إلا في حالة فقد الصورة التنفيذية الأولى، ولطالبها أن يعترض على عدم التسليم وفقاً لما ورد في الفقرة (١) من هذه المادة. ويجب في هذه الحالة إبلاغ المحكوم عليه بالعريضة المقدمة في هذا الشأن.

٣- يكون الإبلاغ المنصوص عليه في هذه المادة وفقاً لإجراءات التبليغ الواردة في النظام واللائحة.

المادة الثانية والثلاثون:

الأحكام الصادرة بالإلغاء حجة على الكافة.

الباب الرابع
الاعتراض على الأحكام

الفصل الأول
أحكام عامة

المادة الثالثة والثلاثون:

١- مع مراعاة ما ورد في الفقرة (٢) من هذه المادة، تكون المهلة المحددة للاعتراض على الأحكام ثلاثين يوماً

من تاريخ تسلم صورة نسخة الحكم، أو من التاريخ المحدد للتسلُّم في حال عدم الحضور. وإذا لم يقدم الاعتراض خلال هذه المهلة من أطراف الدعوى؛ يصبح الحكم نهائياً واجب النفاذ.

٢- تكون الأحكام الصادرة في الدعاوى المنصوص عليها في الفقرتين (ج)، (د) من المادة (الثالثة عشرة) من نظام ديوان المظالم على خلاف ما طلبته الجهة الإدارية أو في غير مصلحتها؛ واجبة التدقيق إذا لم يستأنف ممثل تلك الجهة الحكم خلال المدة المقررة، وعلى المحكمة - بعد النطق بالحكم - إبلاغ ممثل الجهة بذلك.

٣- يُحدد مجلس القضاء الإداري الأحكام التي تُنظر تدقيقاً.

المادة الرابعة والثلاثون:

إذا كان الاعتراض قد رفعه المحكوم عليه وحده، فلا يضار باعتراضه.

المادة الخامسة والثلاثون:

فيما لم يرد فيه نص خاص، تسري على الاعتراض أمام محاكم الاستئناف الإدارية والمحكمة الإدارية العليا الإجراءات المقررة أمام المحاكم الإدارية.

١- تشمل الإجراءات المشار إليها في المادة: إجراءات حضور أطراف الدعوى، وإجراءات إصدار الأحكام.

٢- تودع صحائف الاعتراض والطلبات بجميع أنواعها لدى إدارة الدعاوى والأحكام في المحكمة المختصة بحضور المعترض أو مُقدم الطلب أو من يمثلهما ولا يُعتد بأي إيداع خلاف ذلك.

٣- يجوز الاعتراض على الأحكام الصادرة في الطلبات العاجلة، ولا يترتب على ذلك وقف تنفيذها.

٤- يتم الفصل في الاعتراض على الأحكام الصادرة في الطلبات العاجلة خلال مدة لا تتجاوز خمسة أيام من إحالة الاعتراض.

٥- يجب أن يبين في نسخة الحكم الصادر في الاعتراض - بالإضافة إلى البيانات الأساسية المذكورة في المادة (٢٧) - الآتي:

أ- ملخصاً وافياً للاعتراض يشتمل على طلبات المعترض، ومنطوق الحكم المعترض عليه، وحاصل الأسباب التي بُني عليها الاعتراض، والطلبات في الدعوى المعترض على حكمها.

ب- الرد على ما تضمنه طلب الاعتراض من دفوع أو أوجه دفاع جوهرية، إذا لم يكن الحكم المعترض عليه قد تضمن الرد عليها.

٦- تجوز الإحالة إلى وقائع وأسباب الحكم المعترض عليه، إذا كان الحكم المحال إليه موضحة وقائعه وأسبابه بما يكفي لحمله، ولم يبد أطراف الاعتراض أوجه دفاع جديدة أمام المحكمة المعترض أمامها تخرج في جوهرها عما قدموه في الحكم المعترض عليه.

الفصل الثاني

الاستئناف أمام محاكم الاستئناف الإدارية

المادة السادسة والثلاثون:

يرفع الاستئناف بصحيفة يودعها المستأنِف أو مَنْ يمثله، لدى المحكمة الإدارية التي أصدرت الحكم، وفقاً للإجراءات المقررة لرفع الدعوى. على أن تتضمن الصحيفة بيانات الحكم المستأنَف، وملخصاً عنه، وأسباب الاستئناف وطلبات المستأنِف.

وعلى الإدارة المختصة في هذه المحكمة إرسال صحيفة الاستئناف - مرافقاً لها ملف الدعوى - إلى محكمة الاستئناف الإدارية المختصة خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أيام عمل من تاريخ استيفاء إجراءات طلب الاستئناف. وعلى الإدارة المختصة في محكمة الاستئناف أن تقيد الاستئناف في يوم وصوله إليها، ويبلغ المستأنف ضده بصحيفة الاستئناف.

١- إذا كان الاستئناف غير مستوفٍ الإجراءات اللازمة فعلى المستأنف استيفاء ما نقص خلال المدة المقررة للاعتراض، وإذا مضت المدة دون ذلك فترسل إدارة الدعاوى والأحكام الاستئناف إلى محكمة الاستئناف الإدارية خلال ثلاثة أيام عمل من انتهاء المدة.

٢- يجب أن يرافق صحيفة الاستئناف ومستنداتها صور منها بعدد المستأنف ضدهم.

تقيد إدارة الدعاوى والأحكام الاستئناف، وتحيله إلى الدائرة.

٣- مع مراعاة المادة (٣٧/ ٢) إذا كان الحكم واجب التدقيق ومضت المهلة المقررة للاعتراض دون أن يرد من جهة الإدارة طلب استئناف فلا يقبل منها بعد ذلك تقديم مذكرات في الدعوى.

٤- إذا كان الحكم ينظر تدقيقاً فلا تقبل المذكرات الإلحاقية لطلب التدقيق.

المادة السابعة والثلاثون:

الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة إلى ما رُفع عنه الاستئناف فقط. ويجب على المحكمة أن تنظر الاستئناف على أساس ما يقدم إليها من أدلة ودفوع وأوجه دفاع جديدة، وما كان قد قدم من ذلك إلى المحكمة الإدارية.

١- في الأحكام التي تنظر تدقيقاً يجب على الدائرة أن تحدد يوما في الأسبوع للتحقق من المسائل الأولية المتعلقة بالاختصاص وشروط قبول الدعوى وتثبت ذلك في المحضر.

٢- إذا كان الحكم الذي يُنظر تدقيقاً موافقاً في نتيجته لأصوله أيدته المحكمة مع إضافة ما تراه من أسباب، أما إذا ألغته فتحكم فيما أُلغي بعد المرافعة، وفي جميع الأحوال لا يتم الحكم بالتأييد أو بعد الإلغاء إلا في جلسة علنية يبلغ بها الأطراف.

المادة الثامنة والثلاثون:

١- مع مراعاة ما نصت عليه المادة (السابعة والثلاثون) من هذا النظام،

استئناف الحكم المنهي للخصومة يقتضي حتماً استئناف جميع الأحكام التي سبق صدورها في الدعوى.

٢- استئناف الحكم الصادر في الطلب الاحتياطي يقتضي حتماً استئناف الحكم الصادر في الطلب الأصلي. وفي هذه الحالة يجب اختصام المحكوم له في الطلب الأصلي ولو بعد فوات الموعد.

المادة التاسعة والثلاثون:

يجب على محكمة الاستئناف الإدارية

- في حال إلغاء الحكم في الطلب الأصلي - أن تعيد القضية إلى المحكمة الإدارية لتفصل في الطلبات الاحتياطية.

١- يجب على المحكمة إذا ألغت الحكم بعدم الاختصاص بنظر الدعوى، أو بعدم جواز نظرها تطبيقاً للمادة (١٤) من نظام الديوان، أو بعدم سماعها لمضي المدة، أو عدم قبولها شكلاً، أو بقبول دفع فرعي ترتب عليه منع السير فيها، أن تعيده إلى المحكمة التي أصدرته للفصل في موضوعه، إلا إذا كانت الدعوى تهيأت للفصل فيها، أو كانت مما تستلزم ظروفها الفصل فيها على وجه السرعة، أو كان موضوعها مما استقر بشأنه أحكام محكمه الاستئناف الإدارية أو المحكمة الإدارية العليا فيجب الفصل فيها دون إعادة.

٢- يجب على المحكمة الإدارية التي أُعيد إليها الحكم وفقاً لهذه المادة ولائحتها أن تتبع حكم محكمة الاستئناف الإدارية فيما انتهى إليه.

٣- في غير الأحوال المذكورة في هذه المادة ولائحتها لا يعاد الحكم إلى المحكمة الإدارية.

المادة الأربعون:

لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف، وتحكم محكمة الاستئناف الإدارية من تلقاء نفسها بعدم قبولها. ومع ذلك يجوز أن يضاف إلى الطلب الأصلي ما يزيد من التعويضات التي تُستحق بعد تقديم الطلبات الختامية أمام

المحكمة الإدارية.

المادة الحادية والأربعون:

لا يجوز في الاستئناف إدخال مَنْ لم يكن طرفاً في الدعوى الصادر فيها الحكم المستأنف، ما لم يكن الإدخال لإظهار الحقيقة. ولا يجوز التدخل فيه إلا ممن يطلب الانضمام إلى أحد الخصوم.

المادة الثانية والأربعون:

يجوز للمستأنف ضده - إلى ما قبل إقفال المرافعة - أن يرفع استئنافاً فرعياً يتبع الاستئناف الأصلي، ويزول بزواله، وذلك بالإجراءات المعتادة أو بمذكرة مشتملة على أسباب استئنافه.

١- يرفع الاستئناف الفرعي بعد انتهاء المهلة المحددة للاعتراض.

الفصل الثالث
طلب إعادة النظر

المادة الثالثة والأربعون:

يجوز طلب إعادة النظر في الأحكام النهائية الصادرة من المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية في الأحوال المنصوص عليها في نظام المرافعات الشرعية.

المادة الرابعة والأربعون:

يرفع طلب إعادة النظر بصحيفة يودعها طالب إعادة النظر أو مَنْ يمثله لدى المحكمة التي أصدرت الحكم، وفقاً للإجراءات المقررة لرفع الدعوى. على أن تتضمن الصحيفة بيانات الحكم المطلوب إعادة النظر فيه، وملخصاً عنه، وأسباب الطلب.

١- تنظر المحكمة مصدرة الحكم النهائي قبول طلب إعادة النظر من عدمه، فإن قبلته نظرت الدعوى وفصلت فيها.

الفصل الرابع
الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العُليا

المادة الخامسة والأربعون:

يرفع الاعتراض أمام المحكمة الإدارية

العُليا بصحيفة يودعها المعترض أو مَنْ يمثله لدى محكمة الاستئناف الإدارية التي أصدرت الحكم، وفقاً للإجراءات المقررة لرفع الدعوى. على أن تتضمن الصحيفة بيانات الحكم المعترض عليه، وملخصاً عنه، والأسباب التي بني عليها الاعتراض، وطلبات المعترض.

ولا يجوز التمسك بسبب من أسباب الاعتراض غير التي ذكرت في الصحيفة، ومع ذلك فالأسباب المبنية على النظام العام يمكن التمسك بها في أي وقت، وتأخذ المحكمة بها من تلقاء نفسها.

وإن أبدى المعترض سبباً للاعتراض يتعلق بحكم سابق لصدور الحكم المعترض عليه في الدعوى نفسها، عُدَّ الاعتراض شاملاً للحكم السابق.

المادة السادسة والأربعون:

يجب أن يرافق صحيفة الاعتراض الآتي:

١- صورة من الوثيقة التي تثبت صفة ممثل المعترض.

٢- صور من صحيفة الاعتراض بعدد المعترض ضدهم.

٣- الصورة المسلمة إليه من الحكم المعترض عليه، والصورة المسلمة إليه من حكم المحكمة الإدارية إذا كان الحكم المعترض عليه قد أحال إليه في أسبابه.

٤- المستندات التي تؤيد الاعتراض، فإذا كانت مقدمة في اعتراض آخر، فيقدم ما يدل على ذلك، وللمحكمة أن تتخذ ما تراه في سبيل الاطلاع على هذه المستندات.

المادة السابعة والأربعون:

يجب على الإدارة المختصة في محكمة الاستئناف الإدارية أن ترسل ملف الاعتراض إلى المحكمة الإدارية العُليا في اليوم التالي على الأكثر من تاريخ استيفاء إجراءات طلب الاعتراض. وللمحكمة الإدارية العُليا أن تأمر بضم ملف الدعوى التي صدر فيها الحكم المعترض عليه.

١- إذا كان الاعتراض غير مستوفٍ الإجراءات المنصوص عليها في المادتين (٤٥) و (٤٦)، فعلى المعترض استيفاء ما نقص خلال المدة المقررة للاعتراض، وإذا مضت المدة دون ذلك ترسل إدارة الدعاوى والأحكام الاعتراض إلى المحكمة الإدارية العُليا خلال اليوم التالي لانتهاء المدة.

المادة الثامنة والأربعون:

١- تقيد الإدارة المختصة في المحكمة الإدارية العُليا الاعتراض يوم وصوله إليها، ويبلغ المعترض ضده بصحيفة الاعتراض.

تقيد إدارة الدعاوى والأحكام الاعتراض وتبلغ المعترض ضده بصحيفة الاعتراض.

المادة التاسعة والأربعون:

لا يترتب على الاعتراض أمام المحكمة الإدارية العُليا وقف تنفيذ الحكم. على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذه إذا طلب ذلك في صحيفة الاعتراض، وقدرت أن تنفيذه يرتب آثاراً يتعذر تداركها. وتحدد المحكمة جلسة لنظر هذا الطلب يبلغ بها أطراف الاعتراض. وعلى المحكمة إذا أمرت بوقف التنفيذ أن تراعي ذلك عند تحديد جلسة نظر الاعتراض؛ أما إذا كان حكم الاستئناف يقضي بفصل موظف فإن الاعتراض عليه أمام المحكمة الإدارية العُليا يكون موقفاً لتنفيذه حتى يفصل في أصل الدعوى.

١- إذا تضمنت صحيفة الاعتراض طلب وقف تنفيذ الحكم، تُحيل إدارة الدعاوى والأحكام نُسخة منها ومن مرافقاتها إلى الدائرة خلال يوم على الأكثر من تاريخ قيدها، وتستمر الإدارة في استيفاء الإجراءات اللازمة.

٢- بعد فصل الدائرة في الطلب تُعيده لإدارة الدعاوى والأحكام لضمه لملف الاعتراض، على أنه في حال رفض الطلب يكتفى بإثبات ذلك في محضر الجلسة.

المادة الخمسون:

١- إذا بدا للمعترض ضده أن يقدم دفاعاً، فعليه أن يودع لدى الإدارة المختصة في المحكمة - خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه بصحيفة الاعتراض - مذكرة بدفاعه مرافقاً لها المستندات التي يرى تقديمها.

٢- إذا قدم المعتَرَض ضده مذكرة بدفاعه على النحو الوارد في الفقرة (١) من هذه المادة، كان للمعتَرِض - خلال ثلاثين يوماً من انقضاء المهلة المذكورة - أن يودع لدى الإدارة المختصة مذكرة برده مرافقاً لها المستندات التي يرى تقديمها. وفي حال تعدد المعتَرَض ضدهم يكون لكل منهم - خلال المهلة المذكورة في هذه الفقرة - أن يودع مذكرة بالرد على المذكرة التي قدمها المعتَرِضُ ضدهم.

٣- إذا استعمل المعترض حقه في الرد، كان للمعترض ضده أن يودع - خلال ثلاثين يوماً أخرى - مذكرة بملحوظاته على الرد.

٤- تودع المذكرات بعدد أطراف الاعتراض لدى إدارة الدعاوى والأحكام، ويسلم مقدمها ما يثبت ذلك.

٥- يجب على أطراف الاعتراض متابعة إيداع المذكرات واستلامها.

المادة الحادية والخمسون:

يجوز للمعترض ضده قبل انقضاء الموعد المنصوص عليه في الفقرة (١) من المادة (الخمسين) من هذا النظام أن يطلب إدخال أي طرف في الدعوى - التي صدر فيها الحكم المعترض عليه - لم يوجه إليه الاعتراض، ويكون إدخاله بتبليغه بصحيفة الاعتراض، ولمن أدخل أن يودع لدى الإدارة المختصة في المحكمة - خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه - مذكرة بدفاعه مرافقاً لها المستندات التي يرى تقديمها. وفي هذه الحالة لا تسري مواعيد الرد المنصوص عليها في الفقرتين (٢) و(٣) من المادة (الخمسين) من هذا

النظـام، إلا بعد انقضـاء الثلاثـين يوماً المذكورة في هذه المادة.

١- تبلغ إدارة الدعاوى والأحكام المطلوب إدخاله في الدعوى بصحيفة الاعتراض.

المادة الثانية والخمسون:

يجـوز لكل طـرف في الدعـوى التي صـدر فيها الحكم المعترض عليه - إذا لم يبلـغ بصـحيفة الاعتراض - أن يتدخل في الاعتراض ليطلـب الحكم برفضـه. ويكون تدخله بإيداع مذكرة بدفاعه لدى الإدارة المختصـة في المحكمة قبل انقضاء المهلـة المحـددة في الفقـرة (١) من المادة (الخمسـين) من هذا النظام، مشـفوعة بالمستندات التي تؤيده.

المادة الثالثة والخمسون:

لا يجوز قبول أي مذكرة أو أي ورقة بعد انقضـاء المواعيد المحـددة لتقديمها، وعلى الإدارة المختصة في المحكمة أن تحرر محضراً تثبت فيـه تاريخ تقديمها، واسـم من قدمها وصفته، وتضعها في ملف الاعتراض.

المادة الرابعة والخمسون:

بعد انقضاء المواعيد المنصوص عليها في المواد السابقة من هذا الفصل، ترسل الإدارة ملف الاعتراضـ إلـى الدائرة المختصـة، ويتولى أحد قضاة الدائرة دراسة الاعتراض وإعداد تقرير يتضـمن ملخصـاً لأسـباب الاعتراضـ والرد عليها، وحصراً لمواضـع الخلاف بـين الأطـراف دون إبـداء الرأي فيها ويعرضـه علـى الدائرة، فـإن رأت أن الاعتراض غير جائـز أو غير مقبول لفوات موعـد الاعتراضـ، أو لإقامتـه علـى غير الأسباب المبينة في المادة (الحادية عشرة) من نظام ديوان المظالم، أو على أسباب تخالف ما استقر عليه قضاء المحكمة الإدارية العُليا، أمـرت بعدم قبوله بقـرار يثبت في محضر الجلسة، مع إشارة موجزة إلى سبب القرار. وإذا رأت الدائرة أن الاعتراض جدير بالنظر حددت جلسـة لنظره. ويجوز لها في هذه الحالة أن تسـتبعد من الاعتراض ما لا يقبل من الأسـباب أمام المحكمة الإدارية العُليا،

وأن تقصر نظرها على باقي الأسباب، مع إشارة موجزة إلى سبب الاستبعاد.

المادة الخامسة والخمسون:

١- يبلغ أطراف الاعتراض الذين أودعوا مذكراتهم بتاريخ الجلسة المحددة لنظر الاعتراض قبل انعقادها بخمسة عشر يوماً على الأقل.

تبلغ الدائرة أطراف الاعتراض بتاريخ الجلسة المحددة لنظر الاعتراض.

المادة السادسة والخمسون:

تفصل المحكمة في الاعتراض بغير مرافعة، بعد أن يتلو القاضي الذي تولى دراسة الاعتراض التقرير الذي أعده وفقاً للمادة (الرابعة والخمسين) من هذا النظام.

المادة السابعة والخمسون:

١- إذا رأت الدائرة المختصة ضرورة المرافعة الشفهية، فلها أن تسمع أقوال أطراف الاعتراض، ولا يجوز إبداء أسباب شفهية في الجلسة غير الأسباب التي سبق للأطراف بيانها في الأوراق، ما لم تكن متعلقة بالنظام العام.

٢- يجوز للدائرة - استثناءً - أن تأذن لأطراف الاعتراض بإيداع مذكرات تكميلية إذا رأت بعد اطلاعها على الدعوى أن الفصل فيها يتطلب ذلك، وحينئذ يؤجل نظر الاعتراض إلى جلسة أخرى، وتحدد الدائرة المواعيد التي يجب إيداع تلك المذكرات فيها.

المادة الثامنة والخمسون:

إذا نقضت المحكمة الإدارية العليا الحكم المعترض عليه لمخالفة قواعد الاختصاص، فعليها الفصل في مسألة الاختصاص. وعند الاقتضاء تحيل الدعوى إلى المحكمة المختصة.

وإذا نقضت الحكم لغير ذلك، فتحيل القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المعترض عليه لتفصل فيها من جديد من غير مَنْ نظرها. وفي هذه الحالة يجب على المحكمة التي أحيلت إليها القضية أن تتبع حكم المحكمة الإدارية العُليا في

المبدأ الذي فصلت فيه.

ومع ذلك إذا قررت المحكمة نقض الحكم المعترض عليه للمرة الثانية وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه، وجب عليها أن تحكم في الموضوع.

المادة التاسعة والخمسون:

لا يجوز الاعتراض على أحكام المحكمة الإدارية العُليا، ما لم يكن الاعتراض بطلب إعادة النظر ممَّنْ يعد الحكم حجة عليه ولم يكن قد أُدخل في الدعوى أو تدخل فيها.

١- يرفع طلب إعادة النظر أمام المحكمة الإدارية العُليا وفقاً لأحكام المادة (٤٤) خلال ثلاثين يوماً من تاريخ العلم بالحكم.

الباب الخامس
أحكام ختامية

المادة الستون:

تطبق على الدعاوى المرفوعة أمام محاكم ديوان المظالم أحكام نظام المرافعات الشرعية، فيما لم يرد فيه حكم في هذا النظام، وبما لا يتعارض مع طبيعة المنازعة الإدارية.

المادة الحادية والستون:

يصدر مجلس القضاء الإداري اللائحة اللازمة لتنفيذ هذا النظام.

المادة الثانية والستون:

يلغي هذا النظام قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (١٩٠) وتاريخ ١٦/ ١١/ ١٤٠٩هـ، وكل ما يتعارض معه من أحكام.

١- تلغي اللائحة جميع القرارات الصادرة تنفيذاً لقواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم

المادة الثالثة والستون:

يعمل بهذا النظام من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.



إجراءات قضائية

النماذج القضائية والمتعلقة بإثبات النسب والقرابة

إعداد د. ناصر بن إبراهيم المحيميد

عضو المجلس الأعلى للقضاء - رئيس إدارة التفتيش القضائي

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، أما بعد:

سبق الحديث في العدد الماضي عن التأصيل النظامي لإثبات النسب والقرابة وفي هذا العدد يتم الحديث عن النماذج القضائية التي يتطلبها هذا الإجراء كما يلي:

أولاً: صورة ضبط إثبات النسب.

ثانياً: صورة ضبط إثبات البنوة.

ثالثاً: صورة ضبط إثبات القرابة غير البنوة.

رابعاً: صورة ضبط إثبات الرضاعة.

خامساً: صورة ضبط إثبات اليتيم.

سادساً: صورة ضبط تعديل الاسم واللقب.

سابعاً: صورة ضبط إثبات تسمية ولد الزنى ونسبه.

أولاً: صورة ضبط إثبات النسب

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد. فلدي أنا (..... اسم القاضي والمحكمة) بناء على الأوراق الواردة لنا من ..... برقم ..... في ..... المتضمنة طلب إثبات نسب فلان بن فلان، وعليه فقد حضر من أسمى نفسه فلان بن فلان المعرف به من قبل فلان بن فلان يحمل بطاقة الأحوال رقم ..... وفلان بن فلان يحمل بطاقة الأحوال رقم ..... وأنهى قائلاً: إن والدي فلان بن فلان قد تزوج والدتي فلانة بنت فلان، ودخل بها، وقد فارقها وهي حامل بي، ثم ولدتني، وأنا أبلغ الآن من العمر سبعة عشر عاماً، وقد مكثت المدة الماضية لا أعرف والدي لانقطاع خبره عني وعن والدتي، وقبل أشهر قريبة عثرت عليه وهو هذا الحاضر معي فلان بن فلان يحمل

بطاقة الأحوال رقم ..... ويبلغ من العمر خمسة وأربعين عاماً أطلب إثبات نسبي له، وأنه والدي، هكذا أنهى، فجرى سؤال الحاضر معه المدعو فلان ابن فلان عما ذكره المنهي من نسبته إليه وأنه ابن له فقرر قائلاً: إن المنهي هذا الحاضر هو ابني، وينتسب إليّ، وقد تزوجت والدته فلانة بنت فلان، ومكثت معي عدة سنوات، وقد فارقتها وهي حامل منذ سبعة عشر عاماً ونصف، ولم أسأل عنها وعن حملها، وقد أنجبت المنهي، وأسمته فلان بن فلان، وأنا موافق على هذه التسمية، ولم أعلم عن ولدي هذا إلا عندما اتصل بي منذ أشهر قريبة، وأنا أقر بنسبه لي، هكذا قرر، كما شهد المعرفان بالمنهي قائلين: نشهد بأن المنهي هو ابن لفلان بن فلان، وقد ولد له من زوجته فلانة بنت فلان من سبعة عشر عاماً.

نشهد بذلك حسب الاستفاضة والمعرفة لحال الزوجين، وقد ترك الزوج زوجته في ذلك التأريخ وهي حامل، ثم أنجبت ابنها المنهي، هكذا شهدا، وعدلا من قبل فلان بن فلان، وفلان بن فلان، كما حضرت المرأة فلانة بنت فلان المعرف بها من قبل الشاهدين المذكورين، وقررت المصادقة على جميع ما ذكره آنفاً، فبناء على ما سلف فقد صح لدي نسبة المنهي فلان بن فلان إلى أبيه فلان بن فلان آل فلان، وقد قنع الجميع بذلك، وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم. حرر في / / ١٤هـ.

ثانياً: صورة ضبط لإثبات البنوة

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد. فلدي أنا ..... (اسم القاضي والمحكمة) بناءً على الأوراق الواردة لنا من ..... برقم ..... في ..... المتضمنة طلب إثبات بنوة فلان وفلان لوالدهم فلان بن فلان، وعليه فقد حضر فلان بن فلان (اسم المنهي رباعياً) يحمل بطاقة الأحوال رقم ..... (أو الحفيظة الصادرة

مـن ..... برقم ..... في .....) وحضر لحضـوره زوجته فلانة بنت فلان المضـافة في هويتـه والمعرف بها من قبل فلان بن فلان يحمـل بطاقة الأحوال رقم ..... وفلان بن فلان يحمـل بطاقة الأحوال رقم ......، وقد أنهى قائـلاً: لقد تزوجت بالمرأة فلانة بنـت فلان منذ عشرة أعوام وقد دخلت بها وأنجبـت مني ثلاثة من الأولاد، هم فلان، ويبلـغ من العمر ..... وفلان ويبلغ من العمـر ..... وفلان، ويبلغ من العمر ......، وقد أنجبتهم في المنزل، ولم تحصـل على تبليغ ولادة، أو شهادة ميلاد، وقد طلبت مني الجهة المختصـة إثبات بنوتهم لي، أطلب إثبات ذلك، هكذا أنهى، وبعرض ذلك على زوجته الحاضرة معه صـادقت عليه جملة وتفصيلاً، كما شهد من عَرّف بها قائلاً: أشهد أن فلان وفلان وفلان هم أبناء المنهي من زوجته فلانة بنت فلان، وأعمارهم ..... وقد ولدتهم والدتهم في منزلها، وليس لديهم شهادات تبليغ أو شهادات ميلاد؛ حيث إنهم يسكنون في البادية، هكذا شـهدا وعدلا من قبل فلان بن فلان، وفلان بن فلان، فبناء على ما سـلف، فقد ثبت لدي أن فلان البالغ من العمـر ..... وفلان البالغ من العمر ..... وفـلان البالغ من العمـر ..... هم أبناء المنهي فلان بن فـلان، وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم. حرر في / / ١٤هـ.

ثالثاً: صورة ضبط إثبات القرابة

الحمد لله وحده، والصـلاة والسـلام على من لا نبي بعده، وبعد. فلدي أنا (..... اسم القاضي والمحكمة) بناءً على الأوراق الواردة لنا من ..... برقم ..... في ..... المتضـمنة إثبات قرابة فلان بن فلان للمرأة فلانة بنت فلان، فقد حضرت لنا المرأة فلانة بنت فلان تحمل الحفيظة الصـادرة من ..... برقم ..... في ..... وحضر لحضورها فـلان بن فلان يحمل بطاقة الأحوال رقم ..... وقـد عُرّف بهما من قبل فلان بن فلان

يحمل بطاقة الأحوال رقم ..... وفلان بن فلان يحمل بطاقة الأحوال رقم ..... وقد أنهت قائلة: إن هذا الحاضر هو ابن أختي الشقيقة فلانة، وهو قريب لي، ويعتبر محرمي الوحيد؛ حيث إنني لم أتزوج ولم أنجب، وليس لي إخوة، أطلب إثبات فقرابته لي حيث طلبت مني الجهة المختصة ذلك، هكذا أنهت، وبعرض ذلك على الحاضر معها صادق على ما ذكرته المنهية جملة وتفصيلاً، كما شهد المعرفان بهما قائلين: نشهد أن المنهية هي خالة هذا الحاضر فالن بن فلان الشقيقة، فهو ابن لأختها فلانة بنت فلان، هكذا شهدا وعدلا من قبل فلان بن فلان، وفلان بن فلان، فبناء على ما سلف، فقد ثبت لدي قرابة فلان بن فلان للمنهية فلانة بنت فلان، وأنه محرم لها، وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم. حرر في: / / ١٤هـ.

رابعاً: صورة ضبط إثبات الرضاعة

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد. فلدي أنا (..... اسم القاضي والمحكمة) حضرت المرأة ..... (اسم المنهية رباعياً) تحمل الحفيظة الصادرة من ..... برقم ..... في ..... المعرف بها من قبل زوجها فلان بن فلان يحمل بطاقة العائلة الصادرة برقم ..... وأنهت قائلة: لقد استلمت من دار الرعاية الطفل المسمى فلان بن فلان بموجب المحضر رقم ..... في ..... وعمره ستة أشهر، وقد أرضعته من لبني وصدري لمدة خمسة أشهر كاملة، رضاعة تامة من لبن فاء من ولادتي بابني من بطني المرزوق لي من زوجي هذا الحاضر معي، أطلب إثبات رضاعة هذا الطفل مني، وأنه ابن لي من الرضاعة، هكذا أنهت، وبعرض ذلك على زوجها الحاضر معها صادق عليها جملة وتفصيلاً، كما أحضرت المنهية معها للشهادة فلان بن فلان يحمل بطاقة الأحوال رقم .....، وفلان بن فلان يحمل بطاقة الأحوال رقم

..... وقد شهدا قائلين: إننا نعرف المنهية، وهي أخت لنا من النسب، وقد أرضعت الطفل المسمى فلان بن فلان لمدة خمسة أشهر كاملة، فهو ابن لها من الرضاعة وزوجها فلان بن فلان والده من الرضاعة، هكذا شهدا وعدلا من قبل فلان بن فلان، وفلان بن فلان، فبناء على ما سلف، فقد ثبت لدي بأن الطفل المسمى فلان بن فلان هو ابن للمنهية فلانة بنت فلان وزوجها فلان بن فلان من الرضاعة، وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد، وعلى أله وصحبه وسلم. حرر في: / / ١٤هـ.

خامساً: صورة ضبط إثبات اليتم

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد. فلدي أنا ..... (اسم القاضي والمحكمة) بناءً على الأوراق الواردة لنا من ..... برقم ..... في ..... بخصوص إثبات يتم الطفل فلان بن فلان، فقد حضرت لنا المرأة فلانة بنت فلان تحمل الحفيظة الصادرة من ..... برقم ..... في ..... المُعرَّف بها من قبل فلان بن فلان يحمل بطاقة الأحوال رقم ..... وفلان بن فلان، يحمل بطاقة الأحوال رقم .....، وأنهت قائلة لقد توفي زوجي فلان بن فلان في / / ١٤هـ وقد خلّف طفلاً ذكراً اسمه ..... يبلغ من العمر أربعة أعوام، أطلب إثبات يتم هذا الطفل؛ حيث طلبت مني الجهة المختصة ذلك، هكذا أنهت، وبطلب البينة منها أبرزت شهادة الوفاة الصادرة من ..... برقم ..... في / / ١٤هـ تتضمن وفاة فلان بن فلان بتأريخ / / ١٤هـ كما استشهدت بمن عَرَّف بها. فشهدا قائلين: إن فلان بن فلان زوج المنهية قد توفي في / / ١٤هـ وقد خلف ابناً صغيراً يتيماً اسمه ..... وعمره أربعة أعوام يقيم عند والدته، هكذا شهدا وعدلا من قبل فلان بن فلان وفلان بن فلان، فبناء على ما سلف، فقد ثبت لدي أن الطفل فلان بن فلان البالغ من العمر أربعة أعوام يتيم الأب،

لأن والده متوفى، وأن هذا الوصف يستمر معه إلى حين بلوغه الحلم، وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد، وعلى أله وصحبه وسلم. حرر في: / / ١٤هـ.

سادساً: صورة ضبط تعديل

صك إثبات تعديل اسم أو لقب[1]

الحمد لله وحده. والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد. فبناء على الطلب المقدم من ..... (مدير إدارة الأحوال المدنية بمكة المكرمة برقم ..... في .....) بشأن طلب إثبات تعديل اسم ولقب المدعو ..... ثبت لدي بالبينة المعدلة حسب الأصول أن ..... (الاسم الكامل بعد التعديل) للمدعو ..... هو .....، وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم. حرر في: / / ١٤هـ.

مزكي	مزكي	شاهد	شاهد
.....	.....	.....	.....
المنهي	الختم الرسمي	السكرتير	القاضي
....	....	....	....

(١) أصله نموذج رسمي معتمد من قبل وزارة العدل برقم ب/٧.

سابعاً: صورة ضبط إثبات تسمية ولد الزنى ونسبه

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد. فلدي أنا ..... (اسم القاضي والمحكمة) بناءً على ملف التحقيق الوارد لنا من ..... برقم ..... في ..... المتضمن طلب إثبات تسمية الطفل المولود سفاحاً من المرأة فلانة بنت فلان ونسبته لها فقد حضرت المرأة ..... تحمل ..... برفقة من عرف بها وهم ..... وقد قررت قائلة: إنها قد حملت سفاحاً، وأنجبت طفلاً ذكراً أسمته .....[٢] أطلب إثبات اسمه ونسبه، هكذا أنهت، فجرى الاطلاع على القرار الشرعي رقم ..... في ..... الصادر من ..... المتضمن إقامة حد الزاني البكر على المرأة ..... وأنها قد أنجبت من هذا الزنى طفلاً ذكراً ..... إلخ، فبناء على ما سلف وحيث إن من المقرر شرعاً أن ابن الزنى ينسب إلى أمه؛ لذا فقد ثبت لدي أن الطفل المسمى .....[٣] هو ابن زنى ينسب إلى أمه، وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

حرر في: / / ١٤هـ.

وقفة:

شريعتنا وقضاؤنا قد شمل جميع نواحي الحياة، ومن أظهر المعالم التي اعتنى بها القضاء الشرعي ما يتصل بحقوق النسب والقرابة، وأرجوا أن أكون قد أوليت هذا الفصل حقه من الإيضاح والبيان والله الموفق.

---

(٢) يذكر له اسم رباعي عام مثل: عبدالله صالح سعيد مبارك.

(٣) المصدر السابق نفسه.

مِنْ أَعْلَامِ القَضَاء

معالي الشيخ راشد بن صالح بن خنين

"المستشار بالديوان الملكي"

القاضي ووكيل وزارة العدل ورئيس تعليم البنات سابقا

إعداد محمد بن عبدالله بن خنين

نسبه ونشأته

هو العالم الجليل والفقيه المتبحر معالي الشـيخ الوقـور، الخلوق، الكريم، الأديب، الفقيـه، سريع الدمعة، لـين العريكة، طلق المحيا، كريم الخصـال، محـل ثقة العلماء والأمراء راشـد بن صالح بن محمد بن عبدالعزيز بن محمد بن عبدالعزيز بن محمد بن راشـد بن رشـيد بن خنين من عائذ من قبيلة قحطان، ولد – رحمه الله – في الدلم عام ١٣٤٤هـ نشأ وتعلم فيها.

حياته الدراسية

بدأت بتعلم القراءة والكتابة بمدرسـة (كتاب) أحمد بن عبدالله بن عتيق بمدينة الدلّم في محافظة الخرج ثم عند رشـيد بن عبدالله بن خنين، ثم تعلم مبادئ العقيدة والنحو لدى أحد طلبة العلم بالدلم، وهو الشـيخ محمد بن الشيخ عبدالعزيز الصيرامي، ثم لدى قاضي الخرج آنذاك الشيخ عبدالرحمن بن عبداللطيف آل الشيخ، رحمهم الله.

تعليمه في الرياض

سـافر إلى الرياض وعمره إحدى عشرة سـنة تقريباً، وواصـل الدراسة في العقائد ومبادئ النحو والفرائض لدى سـماحة الشـيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ رحمة الله

عليـه، وقد أحس من ناحيتـه بالعطف والتقدير منذ الصـغر مع كـثرة الطلاب لديه، وازدحامهم في حلقات دروسه آناء الليل والنهار؛ ولعل من البواعث على ذلك أن أخيه من الأم وابن عمه الشـيخ محمد بن عبدالله بـن خنين أحد تلامذته النابغين من الزمرة الأولـى، وكان ألزمه تولي القضـاء، فجزع لذلـك جزعاً شـديداً أدى إلى وفاته قبل مباشرته عمل القضـاء، وأرجو أن يكون ممن قال الله فيهم: ﴿ وَلِمَنْ خَافَ مَقَامَ رَبِّهِۦ جَنَّتَانِ ﴿٤٦﴾ ﴾ الرحمـن: ٤٦ .. قدس الله روحه، وغفر له. وكان مجيئه لطلب العلم بالرياض على أثر وفـاة أخيه المذكور بموافقة والداه وتوجيههما رحمهما الله، وقد وكلا أمر الإشراف عليه إلى أحد طلبة العلم آنذاك من زملاء أخيه الشـيخ سـعد بن رشيد الخرجي رحمه الله، وجزاه الله عنه خير الجزاء.

تعليمه وعمله لدى ابن باز

عندما تعين الشيخ عبدالعزيز بن باز رحمة الله عليه قاضياً للدلم وجميع قرى الخرج عاد إلى الدلم، وواصـل الدراسـة في شـتى علوم الشريعة واللغة في حلقات فضيلته التي كانت مزدحمة بطلاب العلم من شـتى أنحاء البلاد، حتى رشحه للقضاء سماحة شيخنا محمد بن إبراهيم رحمه الله، وصدر بذلك أمر من سمو ولي العهد آنذاك الملك سـعود بن عبدالعزيز رحمه الله، فامتنع وتكدر، وطلب من شـيخه الشـيخ ابن باز أن يشفع له في الخلاص – وكان إذ ذاك مع ملازمته دروسه موظفاً لديه بالمحكمة في كتابة الضبط والتحرير – فسعى في ذلك ونجح السعي بحمد الله واستقال من وظيفة الكتابة.

عودته للرياض ومواصلة تعليمه

اسـتأذن من شـيخه ابن باز في السفر إلى الرياض لمواصـلة الدراسة هناك والتفرغ

لطلب العلم، فوافق وكان ذلك في عام ١٣٧٠هـ، فلقي من شيخه الجليل الشيخ محمد ابن إبراهيم كل عطف وتشجيع وكان مما قاله لسماحته إذ ذاك (إنني انزعجت من ترشيحكم لي للقضاء وأنا لم أدرك بعد من العلم ما يؤهلني لذلك فرأيت أن أعود رحابكم وأواصل تلقي العلوم من سماحتكم حتى يفتح المعهد العلمي وأكون من جملة طلابه) فقال: لا بأس.. ودعا له بخير.

فعاد إلى تلك الحلقات وواصل الدراسة في السنة الثانية الثانوية، وكانت سنوات الدراسة بالمعهد إذ ذاك خمس سنوات، وبعد إكمال الدراسة بالمعهد التحق بكلية الشريعة بالرياض، ودرس السنة الأولى منتظماً.

معلميه

من توفيق الله له ولزملائه أن درسهم في المعهد والكلية نخبة من كبار العلماء، منهم: سماحة شيخنا العلاّمة الشيخ عبدالعزيز بن باز، والعلاّمة الشيخ محمد الأمين الشنقيطي، والشيخ حمد الجاسر الأديب المؤرخ المعروف، والشيخ عبدالعزيز بن رشيد، والشيخ محمد مختار الشنقيطي، والشيخ عبدالرحمن الإفريقي، والشيخ عبدالرزاق عفيفي، ومن مصر الأساتذة عبداللطيف سرحان، ويوسف الضبع، ويوسف عمر، ومحمد نايل، ومحمد عبدالرحيم، ومحمد أمين من فلسطين، وغيرهم.. غفر الله لهم.

تعيينه في التدريس

انتدبه سماحة الشيخ ابن إبراهيم رحمه الله للتدريس سنة بالمعهد العلمي بالإحساء، وسنتين بالمعهد العلمي بشقراء، فأكمل دراسة الكلية منتسباً السنوات الثلاث الباقية،

وقبل التخرج عرض سماحة الشيخ ابن إبراهيم عليه القضاء بمحكمة الرياض، فامتنع أشد الامتناع فقال: (لا بأس على شرط أنك إذا أكملت الدراسة ما تعتذر)، وتخرج من الكلية عام ١٣٧٦هـ ضمن الدفعة الأولى من الكلية.

زملائه في الكلية

من زملائه المشايخ: إبراهيم ابن الشيخ محمد بن إبراهيم، وإبراهيم الثميري، وإبراهيم بن عثمان وحمود العقلاء، وزيد بن فياض، وسعد بن عتيق، وعبدالرحمن ابن سمحان، وعبدالرحمن بن شعيل، وعبدالعزيز الحزيمي، وعبدالعزيز بن عبدالمنعم، وعبدالله بن غديان، وعبدالله بن إدريس، وعلي الرومي، وعلي الضالع، وعبدالملك بن عمر آل الشيخ، ومحمد بن دغيثر، ومحمد الأشقر، ومحمد الشاوي، ومحمد بن دخيل، ومنصور الدخيل، وصالح ابن رشود، رحم الله من توفى منهم، وأمد في عمر الباقين ووفقهم، وحفظهم من كل سوء.

تعيينه في القضاء

بعد التخرج تبلغ من سماحة ابن إبراهيم التعيين بالقضاء عضواً في المحكمة الكبرى بالرياض، وجاء قول سماحته: (حسب الاتفاق الذي بيني وبينك)، وكان العمل بالمحكمة مستمراً في الصباح والمساء، وكان لديه إذ ذاك ضعف عام من الناحية الصحية، فحصل عنده قلق وعدم رغبة في الاستمرار.

أول عضو برئاسة القضاء

جاء الأمر بتأسيس رئاسة قضاء بالرياض برئاسة شيخنا محمد بن إبراهيم،

فبادر إلى طلب العمل بها من سماحة الرئيس فحصل الموافقة على تعيينه أول عضو برئاسة القضاء – حيث لم يكن إذ ذاك بالرئاسة أحد من الأعضاء غيره – واستمر عمله مع سماحته في هذه الوظيفة حتى توفي ابن إبراهيم رحمه الله عام ١٣٨٩هـ، وكان لديه شهادة دراسية غير شهادة الكلية، كما أن لديه شهادة دراسية من سماحة شيخه الشيخ عبدالعزيز بن باز، ومما أغتبط به وحمد الله عليه، وأعده من أعظم النعم عليه أن فترة شبابه، وأول كهولته انقضتا في التعلم والعمل بجانب شيخين جليلين عظيمين كان لهما الأثر بعد الله في توجيه حياته العلمية والعملية جزاهما الله عني خير الجزاء وأعظمه. وكان سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم رحمه الله في آخر حياته يستنيبه في التوقيع عنه في حالة سفره ومرضه.

توليه نائباً لرئاسة القضاء

بعد وفاة الشيخ ابن إبراهيم صدر أمر ملكي بإشرافه على الجهاز الإداري لرئاسة القضاء، وتسيير أعمالها، نائباً لرئيس القضاء، بالإضافة إلى اشتراكه مع الهيئة العلمية التي شكلت بعد وفاة سماحة الشيخ ابن إبراهيم للنظر في المعاملات القضائية.

توليه وكيلاً لوزارة العدل

بعد تعيين سماحة الشيخ محمد الحركان رحمه الله وزيراً للعدل استنابه معاليه في التوقيع عنه في حدود صلاحيات معينة حتى صدر له الأمر الملكي بتعيينه وكيلاً لوزارة العدل.

عضوياته القضائية

كان عضـــواً في مجلســـ الإدارة للمعهد العالي للقضـــاء وعضـــواً في مجلس إدارة مؤسســـة الدعوة الصحفية، وعضواً في اللجنة الفرعية للتعليم، وقد قام بأمانة مجلس المعهد المذكور منذ أن أســـس بتعيين من سماحة رئيسه الشيخ محمد بن إبراهيم رحمه الله، وبعد أن توفي سماحته تزايدت الأعمال المنوطة بالشيخ، فاستقال من أمانة مجلس المعهـــد، وعندما شـــكلت هيئة كبار العلمـــاء بتاريخ ٨ / ٧ / ١٣٩١ه، عين عضـــواً بها، ولظروفه الصـــحية طلب الإعفاء بتاريخ ٢٠ / ٤ / ١٤٢٣هـ، وصدر الأمر الكريم المؤرخ في ١٤ / ٩ / ١٤٢٣هـ بالموافقة على طلبه.

مشاركته في إعداد الأنظمة

اشـــترك في إعداد بعض مشروعات الأنظمة، ومنها: نظام القضاة، ونظام الأراضي البـــور، ولائحة تمييز الأحكام الشرعية، ونظام المرافعات، ونظام الإجراءات الجزائية، ونظام محاكمة الأحداث.

تعيينه رئساً عاماً لتعليم البنات

بتاريخ ٦ / ١١ / ١٣٩٧هـ صـــدر أمر ملكي بتعيينه رئيساً عاماً لتعليم البنات، وسعى إلى تطوير مدارســـها ومناهجها وبمســـتوى العمل التربوي، فأصـــبح عضواً في اللجنة العليا لسياسة التعليم بالمملكة.

تعيينه مستشاراً بالديوان الملكي

بتاريخ ١٥ / ٦ / ١٤٠٣هـ صدر أمر ملكي بتعيينه مستشاراً بالديوان الملكي، واستمر

حتى وفاته رحمه الله.

علاقته بالشيخ ابن باز

كان من شيوخه سماحة الشيخ عبدالعزيز بن باز رحمه الله الذي قدم الدلم قاضياً في عام ١٣٥٧هـ واستمر حتى عام ١٣٧١هـ، فكان قدومه مكسباً عظيماً لأهل تلك الديار، خصوصاً طلبة العلم، كان الشيخ عبدالعزيز بن باز رحمه الله يجلس للتدريس والتعليم والإفتاء مع قيامه بمهمة القضاء، وكان ممن لازمه ملازمة اختلطت بنفسه الشيخ راشد بن خنين رحمه الله عرف ذلك القاصي والداني، حتى أن الشيخ المفضال عبدالرحمن بن عثمان بن جاسر رحمه الله كتب إلى الشيخ راشد بقصيدة يذكر له قوة صلته بالشيخ ابن باز وتأثره به وسيره على نهجه يقول فيها:

يا راشد عُرفتْ بالرشد سيرتُه ... وأصبحت مثلاً يجري بها المثل
معين نهر الهدى بالعلم ميزه ... فضل ابن باز لكم طبع وممتثل
بالعلم والفضل والأخلاق قدوتكم ... شيخ جليل لنا من نهره نَهَلُ
كان التواضع من أسمى فضائله ... وفي تواضعكم من شيخكم مثل

وصدق غفر الله لهم جميعاً، كيف لا ؟! وقد لزم الشيخ راشد سماحة الشيخ ابن باز سنوات، ومما استفاد الشيخ راشد من الشيخ ابن باز الغيرة على التوحيد والسنّة، فقد رد على صاحب الأغلال رداً أعجب العلماء ولم يبلغ من عمره رحمه الله ثلاثاً وعشرين سنة، وقد كتب سماحة الشيخ عبدالعزيز بن باز رحمه الله كتاباً جاء فيه: (لما قرأت هذه القصيدة السديدة التي أنشأها الفهم الأديب واللوذعي الأريب، الشاب

الفاضل راشد بن صالح بن خنين زاده الله علماً وفهماً وجدتها قد وافقت الحق الذي يجب اعتقاده في هذا الباب، وزيفت كثيراً من أضاليل هذا الزائغ المرتاب...)، وقد ختمه الشيخ عبدالعزيز بن باز، بقوله: (ولقصد تأييد ما دلت عليه هذه القصيدة من الحق وتزييف أباطيل هذا المارق والتحذير من خطئه لئلا يغتر به حررت هذه الأحرف، وأنا الفقير إلى الله تعالى عبدالعزيز بن عبدالله بن باز قاضي الخرج، سامحني الله وغفر لي ولوالدي ومشائخي وجميع المسلمين. وصلى الله عل محمد عبدالله ورسوله وعلى آله وصحبه وسلم سنة ١٣٦٦هـ).

تعلقه بحب الشيخ ابن باز

في إحدى المجالس جاء السؤال عن سماحة الشيخ ابن باز رحمه الله فاغرورقت عينا الشيخ راشد بالدمع، بل لعلها دمعت، وتغير صوته فقيل له: هل رثيتم سماحته بقصيدة؟ فأجاب غفر الله له: لم أستطع المصاب أكبر من ذلك.

ومن شدة حبه وتعلقه به أن الشيخ غفر الله له كان يذهب بنسخة كتابه (بلوغ المرام) معه في السفر، حيث إنه من أعز كتبه لديه! لأنه قد حوى ما علّقه من دروس سماحة الشيخ عبدالعزيز بن باز رحمه الله، وفي مرة ذهب به إلى جدة وسكن في فندق مشهور ثم غادر الفندق وقد نسي الكتاب في سكنه بالفندق! لما رجع إلى الرياض فقد الكتاب فبحث عنه فلم يجده فاتصل بالفندق فبحثوا عنه في نُزُل الشيخ فلم يجدوه، فاغتم واهتم كأن مصيبة حلت به رحمه الله، وبعد مدة عرض له سفر إلى جدة وسكن الفندق نفسه وما زال همّ فقْدِ الكتاب في خاطر الشيخ، فلما حلَّ وقت الصلاة نزل للمصلى فوجد بين المصاحف كتاباً فتناوله فإذا هو كتابه! فشكر الله وحمده.

وفي قصيدة للشيخ راشد يتذكر شيخه ومعلمه ابن باز ورياض العلم في مسجده

ويذرف عليها دمعة صادقة فيقول من قصيدة ميمية رائعة:

بالمسجد الأوسط المعروف بالدلم ... صليت فانبعثت ذكرى مع الألم
قد كان ذا المسجد المحبوب مزدهراً ... بالوعظ والدرس والتذكير بالحكم
إن التذكر للأحباب أحصرني ... والدمع منهمر قد ناب عن كلمي
عهد الصبا وعهود الأنس قد رحلت ... ولن تعود بنيل المال والحشم
عهد الطفولة ما أحلى تذكره ... فيه البراءة من حقد ومن ألم

ذكرياته في الأحساء

الشيخ عمل مدرساً في المعهد العلمي في الأحساء، وكان مديره آنذاك الشيخ عبدالله بن خميس رحمه الله والأحساء تعج بالعلماء والأدباء والشعراء في وقته والمعهد العلمي ملتقى للعلم والأدب ومجلة هجر صدرت في وقته، والأحساء كانت أنهاراً وفواكه قبل قيام المشروع، وعلماء الأحساء شعراء وأدباء وهم أصحاب محاورات ومساجلات كآل مبارك وآل عبدالقادر والشيخ يفرض نفسه بحسن خلقه وتواضعه ورقته ولطافته فله ذكريات لعيون الاحساء ولأهل الأحساء.

ديوانه الشعري

له ديوان شعر يقع في ٢٦١ صفحة من القطع المتوسط طبع عام ١٤٣٠هـ، تطرق فيه عن حياته وشعره كجزء أول، كما أن هناك جزأن آخران، يحتوي الثاني على قصائد المساجلات والرد، أما الثالث مجموعة قصائد شاركه فيها عدد من الشعراء، حول قصيدته لغازي القصيبي في مناشدته إيصال الكهرباء لمدارس البنات ذلك الوقت، وقد كتب عنه الكثير بل وألف فيه كتباً وسطروا فيه تراجم وأشعار، فكان

الناس يعدونه قدوة ومثالاً يحتذى بفهمه وحلمه وصفاته وعلمه وعمله وأدبه وشعره وشتى تصرفاته.

وفاته

انتقل إلى رحمة الله تعالى المستشار في الديوان الملكي الشيخ راشد بن صالح بن خنين عن عمر يناهز ٩٠ عاماً بعد معاناة مع المرض، وتمت الصلاة عليه عصر الأحد ١٣ / ٦ / ١٤٣٥هـ في جامع الملك خالد بأم الحمام في الرياض.

من مؤلفاته

كتاب تشخيص أخطاء صاحب الأغلال الرئيسية، وبيان ما دلت عليه من الإلحاد والمذاهب الإباحية، وله عدد من القصائد المنشورة.

أولاده

للفقيد ٤ أبناء وهم محمد وصالح والدكتور عبدالحميد وفهد ومن البنات ثريا ومنيرة وليلى ورابعة وبثينة.

صفاته

فقد الوطن رجل تنقل في مناصب عدة وخدم الوطن في العديد من مواقع المسؤولية، قضى حياته مجاهداً في سبيل نشر تعاليم دينه بالكلمة الطيبة والخلق الكريم، ونذر حياته لخدمة وطنه ما بين التعليم والعدل والمشورة، كان أنموذجاً للتواصل مع الناس، يحظى بمحبة ولاة الأمر وتقديرهم، فقد طلب إعفائه فرفض الملك،أعطاه الله علم غزير وخلق مشرق، وكان تقلده لمسؤولية الرئيس العام لتعليم البنات سابقاً من

المواقع المهمة، عرف عن فضيلته الكثير من المزايا والمناقب، فقد كان رحمه الله يتميز بالهدوء والحكمة، كما تميز فضيلته بالرزانة والتعقل، وكان رحمه الله واسع العلم، طيباً، نقياً، متواضعاً يقدم الخير ويحب فعل المعروف، لقد كان رحمه الله محبوباً من الجميع، فلم نسمع عنه إلا خيراً، ولهذا بارك الله في عمله عندما كان رئيساً لتعليم البنات وحتى في مواقع العمل التي تسلمها، لقد ترك فضيلة الشيخ راشد بن خنين غفر الله له إرثاً من المناقب الحسنة والأخلاق العالية، لقد نهل من فيض أخلاقه كثير من القريبين منه، واستفاد من جميل خصاله كثيرون، لقد جمع بين عمق العلم وجميل الأدب وأدب الحديث، وكان شاعراً مجيداً فيه سماحة العالم ورونق أسلوب الأديب.



لقاء العدد

فضيلة الشيخ
محمد بن عبدالله بن عبدالعزيز السويلم

القاضي بمحكمتي العامة بالخبر والجزائية بالدمام سابقا

أجرى الحوار : حمد بن عبدالله بن خنين:

لقاؤنا هذه المرة جاء مليئاً بالجديد والمفيد، جاء من شيخ مخضرم، كان قاضياً ممارساً للمهنة، ثم أصبح محامياً يطبق ما في الأنظمة، صاحب فكر نيّر ورأي سديد وعلم نافع، وعمل صالح. نشأ نشأة مباركة في حب العلم والعمل به وفعل الخير والدعوة إلى الله والإصلاح بين الناس وقضاء حوائجهم، نقل ذلك من والده القدوة والمثال، وتربى بين يدي أم حنون ذات خلق ودين. فكان هذا الرجل المثالي في كل شيء حياته وشؤونه، فالكلمات تعجز أن ترقى إلى شموخ وعظمة هذا الشيخ الهمام، مع عظم شأن والده ووالدته ومكانته وامتداد جذور الأسرة العريقة في العلم والعمل والتحصيل.

ضيفنا فضيلة الشيخ محمد بن عبدالله السويلم، ولد عام ١٣٧٦هـ، وتخرج من الجامعة عام ١٤٠٠هـ وعيّن ملازماً قضائياً بالمحكمة العامة بالرياض، ثم قاضياً في المحكمة العامة بالخبر ثم المحكمة الجزائية بالدمام، فطلب التقاعد المبكر ليصبح محامياً في خدمة قضايا الأمة.

تحدث الكثير عن تجربته القضائية، وقبلها عن نشأته وتعليمه وأبدع من إجاباته حول تطوير القضاء ومرافق العدالة، وطرح العديد من الآراء والمقترحات التي تساهم في النهوض بالأداء والعمل القضائي وأشاد بتخصيص القضاء وتعدد محاكم الاستئناف والمحاكم المتخصصة ومحاكم التنفيذ. وطالب بضم السجون لوزارة العدل، وفصل العمل الإداري للقاضي عن العمل القضائي وأثنى على التطور التقني ومشروع تطوير القضاء وجهود الوزارة والنقلة النوعية في شتى المرافق العدلية.

*** عرفونا بشخصكم الكريم وميلادكم ونشأتكم؟**

- أخوكم / محمد بن عبد الله بن عبدالعزيز بن عبد الله بن حسين بن صالح السويلم، وننتمي إلى العرينات من قبيلة سبيع، وهي أسرة معروفة لها مكانتها وخدمت الدولة في شتى مراحلها ومرافقها، فمنها العلماء والقضاة وطلبة العلم

والموظفون وقد شارك جدي عبدالعزيز رحمه الله في الجهاد تحت رآية المؤسس في معركة كنزان المعروفة في الأحساء، وكانت أمي لأبي رحمهم الله تحتفظ ببندقية جدي التي يطلق عليها (الصمعة) التي شارك بها في تلك المعركة ولا يزال محفوظاً تتناقله الأجيال تأكيدا لعهد الولاء مع دولة التوحيد ونصرتها.

ولدت في مدينة الدمام عام ١٣٧٦هـ ومن فضل الله علي نشأت نشأة مباركة في كنف والدين كريمين بين أب يحب العلم وفعل الخير وأهله والدعوة إلى الله تعالى والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والإصلاح بين الناس والسعي في قضاء الحاجات، وبين أم حنون ذات خلق ودين ولهما الفضل بعد الله في نشأتي الدينية، نسأل الله لهم الرحمة والغفران وسكنى الجنان، والدعاء مقرون لأساتذتي ولمشائخي وأصدقائي وأقاربي ولكل من صنع الينا معروفاً وجزى الله الجميع خيراً، لأن شكر الناس من شكر

•ضرورة التنسيق عن تمتع القاضي بإجازته أو تدريبه

•تراكم وازدياد القضايا في المحاكم إحدى المعضلات التي يتطلب معالجتها

الله جلَّ وعلا فقد ورد : «لا يشكر الله من لا يشكر الناس» وفي الصحيح: «من قال لأخيه جزاك الله خيراً فقد أبلغ في الثناء».

*** حدثونا عن مراحل تعليمكم؟**

- في الوقت الذي ولدت فيه كان قد بدأ التعليم النظامي للبنين، أما البنات فلم تفتتح بعد،وكانت توجد مدرسة شعبية غير نظامية برسوم يسيرة يدفعها ولي الطالب الموسر للمدرسة الأهلية، فدرس فيها شقيقاتي الكبريات وكانوا يصطحبون شقيقي الأكبر فضيلة الشيخ الفقيه الأصولي الدكتور / عبدالعزيز الأستاذ بكلية الشريعة سابقاً رحمه الله وكانت المدرسة عبارة عن بيت شعبي ولقربها من منزلنا كنت أصحبهم أحياناً ليس للدراسة، وإنما كمستمع للاطلاع على سير

الدراسة فيها وطريقة التعليم آنذاك لأن سني تقصر عن سن الطلب ثم درست في المرحلة الابتدائية بمدرسة الشاطئ في عام ١٣٨٢ هـ، ومديرنا آنذاك هو الشيخ / أحمد محمد شفيع رحمه الله واشتهر عنه الصرامة ونهج الشدة في تربية الطلاب، وكان هذا غالباً ديدن التعليم سابقاً، فقد كانت المدارس في السابق مصنعاً للرجال والعلماء الذين كان لهم دور في المجتمع وتعليم الأجيال وتربيتهم على الآداب الشرعية المرعية والتحصيل العلمي والجد في الطلب، وكان عقاب الطالب المخالف مايسمى (بالفلكة) وهو ضرب القدمين بعصا الخيزران وقد كان مديرنا رحمه الله من ذلك الرعيل الأول وله

• في الوقت الذي ولدت فيه بدأ التعليم النظامي للبنين

• كنا ندرس تحت عقاب (الفلكة) فكان تعليمنا جاداً

• لوالديّ الفضل بعد الله في تربيتي وتعليمي

مع حزمه وشدته حسنات لا تنسى ويؤجر عليها من التربية الدينية للطلاب، والحث على المحافظة على الصلاة والمداومة عليها فكان كل طالب يتسلم ورقة من المدرسة فيها جدول للصلوات الخمس المفروضة ليصلي جماعة في مسجد حيه ويمضي عليها إمام المسجد على كل فريضة حضرها فمن حافظ عليها سلم ومن أضاعها فالعقاب ينتظره، ولم ينلني من ذلك شيء بفضل الله فكنت محافظاً عليها بل كان رحمه الله يقدمني للإمامة بالمعلمين والطلاب في صلاة الظهر مع صغر سني وذلك تشجيعاً منه وتقديراً لتربية والدي الدينية الحازمة رحمه الله وكانت تربطه بالمدير علاقة أخوية ودينية في الدعوة إلى الله تعالى مما كان له أكبر الأثر في نشأتي الدينية وانشراح صدري لدراسة الشريعة وحب العلم وأهله والدعوة إلى الله على نور وبصيرة والاحتساب لله في أعمال الخير.

ثم درست في المعهد العلمي بالدمام

المتوسطة والثانوية، وتخرجت عام ١٣٩٦ هـ وتخرجت في كليــة الشريعة بجامعة الإمام محمد بن ســعود الإســلامية بالرياض قسم الفقه والأصول عام ١٤٠٠هـ.

*** مـن تذكـرون مـن مشــايخكم وأبـرز زملائكم؟**

- لا يخفى ما للأساتذة والمشايخ من عظيم الأثــر في نفس كل طالب علم فوالدي يعتبر هو أستاذي وشيخي ومعلمي الأول الذي له الفضل بعد الله في تربيتي وتعليمي الديني، وأذكر في المرحلة الابتدائية على سبيل المثال الأســتاذ مبارك قــدم من محافظــة جيزان رحمه الله الذي درسني القرآن الكريم، وكان معجباً بتفوقي وإجادتي للدروس.

ومــن أبــرز زملائــي المقربيــن لدي في الابتدائــي علي بن الشــيخ أحمــد الفارس وهو رجل أعمــال الآن بالرياض ودبي، وقد استفدنا من والده الشيخ أحمد رحمه الله في الفقه والنحو وحل المسائل الحسابية وقسمة الفرائض، ومن زملائي الأخ العزيز عيســى بن إبراهيم الأنصاري في الخطوط السعودية وغيرهم.

• تباعد المواعيد دليل على خلل في عـدم انضبـاط القاضـي في عمله

• وجـود فجـوة بـين القاضـي والمحامي وعـدم تفهم القاضي بدور المحامي

ومــن أســاتذتي في المعهــد العلمي على ســبيل المثــال الشــيخ / عبــدالله بن محمد الدبيخــي في مادة الحديث وقد رأس هيئات الأمر بالمعــروف والنهي عــن المنكر بالمنطقة الشرقيــة لاحقــاً، وأقــام في القصيــم ولا أزال على صــلة بــه وبأبنائه، والشــيخ حمد بــن محمد الزيدان في مادة التوحيد وبكيت على فراقه رحمه الله، وكان لهذين الشيخين منزلة كبيرة في نفســي خاصة لتقديرهم لي خاصــة وقد قاما بإعداد الرحلات والأنشطة الدعوية والمســابقات الثقافيــة خارج المعهد في جــولات في المنطقة الشرقيــة وخارجها

لممارسة الخطابة والدعوة وإذكاء روح المنافسة الطلابية ومن أبرز زملائي في المعهد العلمي الشيخ عبدالله ابن مدير المعهد الشيخ عبدالرحمن اليوسف وهو أستاذ في وزارة التربية والتعليم بالرياض والشيخ حسن بن سعد الشهري والشيخ عبدالكريم بن إبراهيم المطرودي وهما في هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بالمنطقة الشرقية والشيخ الدكتور عبدالاله السليمان، وأبوه الشيخ سليمان بن عبدالعزيز السليمان رئيس محاكم المنطقة الشرقية ورئيس محكمة التمييز بالرياض سابقاً ومن أساتذتي ومشائخي في كلية الشريعة كل من سماحة الشيخ عبدالعزيز بن عبدالله آل الشيخ مفتي المملكة حالياً والشيخ صالح العلي الناصر رحمه الله ومعالي الشيخ عبدالله الركبان عضو هيئة كبار العلماء سابقاً وهم مدرسوا الفقه ومعالي الشيخ الدكتور أحمد سير مباركي عضو هيئة كبار العلماء والشيخ الدكتور محمد عبدالخالق

• كان والدي إماماً وداعية ومؤسس لجنة الوعظ والإرشاد

• أخي سابقه القدر قبل أن يرفع للوزارة جدول للأحكام التعزيرية

من علماء الأزهر في أصول الفقه والشيخ الدكتور عبدالرحمن بن عبدالله الجبرين والشيخ حمود العقلا رحمهما الله في مادة التوحيد ومن أبرز زملائي في كلية الشريعة فضيلة أخي العزيز الشيخ الدكتور مسفر بن عبدالله بن يحيى البوادري وله خبرة في التدريس وتولي مناصب كرئيس هيئات الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بالرياض المساعد ورئيسها بمحافظة الأحساء وعضو المجلس البلدي بالرياض سابقاً وتربطني به علاقة وطيدة وحميمة حتى تاريخه من قبل التقاعد وبعده ومعالي الشيخ الدكتور علي الضويحي عضو هيئة كبار العلماء سابقاً وأستاذ الفقه والأصول في كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود بالأحساء

والشيخ / سعد بن سعود البديع والشيخ عيسى بن راشد القعيمي والشيخ / يوسف بن عبدالعزيز العفالق والشيخ / سعود الحامد وهم قضاة استئناف في محكمة الاستئناف بالمنطقة الشرقية والشيخ / عبدالسلام شفق المرزوقي قاضي استئناف في الجوف والشيخ / محمد بن عبدالله الجار الله والشيخ الدكتور إبراهيم الخضيري قضاة في المحكمة الاستئناف بالرياض والشيخ / منصور البكر قاضي بدرجة الاستئناف في المحكمة العامة بالرياض والشيخ احمد المزروع قاضي استئناف بمحكمة مكة المكرمة وغيرهم كثير.

*** ماذا عن سيرتكم العملية القضائية وما المحاكم التي تم تعيينكم فيها، وهل من حيث عن النشأة والقضاة التي تعاقبوا فيها؟**

- بعد تخرجي في كلية الشريعة عام ١٤٠٠هـ تم ترشيحي للقضاء ملازماً قضائياً بالمحكمة الكبرى بالرياض وكان من توفيق

• يكفي فخراً أن أخي عمر رئيساً لبرنامج (عدل) لتطوير القضاء

• عملت في محكمة الخبر ثم جزائية الدمام ثم طلبت التقاعد

الله لي أني أمضيت مدة الملازمة القضائية لدى شيخين فاضلين الأول فضيلة الشيخ الدكتور سعد الشلوي في المحكمة العامة بالرياض وهو قاضي استئناف بمكة المكرمة والثاني: فضيلة الشيخ عبدالله بن عبدالعزيز المزيعل رحمه الله مساعد رئيس المحكمة العامة بمحافظة الخبر وتمت ترقيته إلى قاضي تمييز (استئناف) في محكمة التمييز بمكة المكرمة وتوفي هناك، وخاصة الملازمين ويعتبرانهم زملاءهم وشركاءهم في القضاء باستشارتهم في القضايا، ثم تم قبولي في المعهد العالي للقضاء ودرست فيه فترة وانتقلت بعدها إلى المحكمة العامة بمحافظة الخبر عام ١٤٠٢ وكان يرأسها آنذاك الشيخ

صالح بن حمود اللحيدان، حيث لم يكن في المحكمة سواه ومساعده رحمه الله وكنت ثالثهما ثم تم دمج محكمة الثقبة إلى محكمة الخبر وتم تحويل قاضيها فضيلة الشيخ ناصر بن فايز المدرع حفظه الله إليها ونعم الشيخ في خلقه ورحابة صدره، وتمت ترقيتي إلى قاضي (ج) في المحكمة المستعجلة بالدمام (الجزائية) وكان يرأسها الشيخ الصبيحي ومساعده الشيخ عبدالله بن فوزان الفوزان وكنت ثالثهما وكان العمل آنذاك مرهقاً جداً لكثرة القضايا الجزائية المتنوعة ولم تكن القضايا الحقوقية بحجم الجزائية إذ كان المبلغ المحدد للنظر فيه لا يتجاوز عشرة آلاف ريال ثم تمت ترقيتي إلى قاضي (ب) ثم إلى قاضي (أ) وقبيل استحقاقي الترقية لوكيل محكمة طلبت الإحالة على التقاعد المبكر لظروفي الخاصة وتم تحقيق طلبي والحمد لله وتلقيت خطاب شكر من وزير العدل آنذاك معالي الشيخ إبراهيم بن محمد آل الشيخ رحمه الله على ما قدمته من خدمة قضائية سابقة وهذا وسام شرف لي وإن كانت نزرة يسيرة والحمد لله.

• وضع آلية لمراقبة دوام القضاة والإشراف عليه

• فصل العمل الإداري عن القضائي وجعل للوزارة حق متابعة القاضي إداريا

*** لماذا خرجتم بعد تقاعدكم من خبرات وتجارب وعلاقات؟**

- كما هو في شريف علمكم فان القضاء ولاية عظيمة من أعظم الولايات الشرعية التي يقلدها إمام المسلمين نيابة عنه لعدم تفرغه وانشغاله بأحوال الرعية لمن هو أهل لها من حملة الشريعة ممن تفقه في الدين وعلم التنزيل الحكيم واستقى من معين السنة الهادية لفصل القضاء بين الناس، واحقاق حقوقهم وحفظ مصالحهم وضروريات حياتهم ومنع الظلم ورفع الضرر ودرء الفساد عنهم، وكان قراري لطلب التقاعد خطوة مباركة طلباً للراحة من عناء القضاء

وثقله والسلامة من مغبته والتوجه إلى خدمة ومهنة شريفة لا تقل أهمية عن منصب القضاء وهي المحاماة والاستشارات الشرعية والقانونية فالمحاماة عمل جليل في مساندة القضاء في تحقيق العدالة ونصرة المظلومين بما لدي من خبرة سابقة في القضاء، وعملت بعد التقاعد مستشاراً شرعياً غير متفرغ في المكتب الخاص لصاحب السمو الملكي الأمير بندر بن خالد بن عبدالعزيز آل سعود عضو هيئة البيعة سابقاً شفاه الله وعافاه وتوليت المحاماه مع أعمالي الخاصة، وبعد صدور نظام المحاماة تم حصولي على رخصة المحاماة وأنشأت شركة المحامون الدوليون بالمملكة ولها فروع في المملكة بشراكة زميلي الأخ العزيز فضيلة الشيخ الدكتور مسفر بن عبدالله بن يحيى البواردي ويتعاون معنا في هذه الشركة نخبة متميزة من ذوي الخبرة العريقة من القضاة المتقاعدين والمحامين والمستشارين الشرعيين والقانونيين الدوليين، وقد أفدت

• هناك بوناً شاسعاً وتطوراً ملحوظاً بين القضاء السابق والحالي

• مجموعة مقترحات وآراء آمل الاستفادة منها والأخذ بها

أثناء عملي في القضاء، وأنا في ريعان شبابي مع قضاة أكبر مني سناً وأكثر علماً وخبرة في القضاء وإجراءات التقاضي والمعاملات الإدارية والدراية بأحوال الناس، مما زاد في حصيلتي العلمية بمراجعة مسائل الفقه الذي درسناها في كلية الشريعة وتطبيقها عملياً مع التحري في إصابة الحق، وزادني العمل القضائي معرفة بأحوال الناس ونفسياتهم والتفرس في معرفة المحق من المبطل والبرئ من صاحب السوابق الجنائية، ومواجهة شرائح عديدة في المجتمع على اختلاف أعمارهم ووظائفهم وتوجهاتهم في قضايا متنوعة في المحكمة العامة وهي الكبرى سابقاً، والمحاكم الجزائية وهي المستعجلة سابقاً، وقد كانت لي علاقة طيبة وحكيمة

مع الكتاب العاملين في مكتبي وموظفي المحكمة بعامة واحتوائهم والتعامل معهم بروح الأخوة والزمالة والتعاون في انجاز ما أوكل إلينا من عمل فكنا شركاء متعاونين بانسجام ولا تزال علاقتي بهم بعد تقاعدي طيبة ومتصلة، وكذلك مع بعض رؤساء الدوائر الحكومية في نطاق ضيق لما يكتنف القاضي من حساسية في مخالطة عامة الناس.

*** في مسيرة عملكم بالقضاء وتجربتكم القضائية ما هي أبرز وأهم القضايا؟**

– لا يخفاكم أن حجم القضايا التي ترد إلى المحاكم لفصل القضاء فيها كثيرة جداً مع تنوعها وهي في ازدياد مطرد، وكلها ذات أهمية ولعله يأتي في الأهمية والأولية وفيها حرج شديد لتعلقها بالأنفس قضايا القتل والقصاص في الأطراف والحدود والتعازير المغلظة المستوجبة للقتل لعظم جرم أفعالها وآثارها الخطيرة، ومن المعلوم أن الخطأ فيها ليس بالأمر اليسير الذي يمكن تداركه بعد فواته، والقاعدة المشهورة في القضاء: الخطأ في العفو خير من الخطأ في العقوبة، وقد عملت في المحاكم المسماة سابقاً بالكبرى والمحورة الآن إلى اسم العامة، وفي المحاكم المستعجلة المحورة إلى اسم الجزائية حالياً، ومن أبرز القضايا التي واجهتنا أثناء القضاء في المحكمة الكبرى بمحافظة الخبر إنكار أحد المتهمين ارتكاب كبيرة من كبائر الذنوب وهي الفاحشة مع إحصانه وفي أول جلسة لمحاكمته أنكر التهمة المنسوبة إليه وفي الجلسة الثانية والثالثة أعترف صراحة بالتهمة ولدى مناقشته عن عدوله عن إنكاره السابق واعترافه اللاحق أجاب أنه عزم على تطهير نفسه من هذا الذنب كما فعل الصحابي ماعز بن مالك رضي الله عنه وكذلك الغامدية رضي الله عنها، جاءت وقال يا رسول الله: «أصبت ذنباً فطهرني» وبعد مغادرة المتهم مجلس الحكم ولم يبق عليه سوى اعترافين لإصدار الحكم عليه بالحد الشرعي وهو رجم المحصن، لأنه من

المعلوم فقهاً في شروط إقامة حد المحصن إقراره الصريح أربع مرات في أربعة مجالس متفرقة، فجلس أصحاب الفضيلة يتناقشون بعدها من سيبدأ بالرجم أثناء تنفيذه إذا أصر على اعترافه الصريح؟ وفي الجلسة القادمة لدى سؤاله عن صحة التهمة الموجهة إليه في الدعوى أنكرها وقبل أصحاب الفضيلة القضاة رجوعه ولم يكن أمامهم إلا درء الحد عنه وتعزيره على القرائن المحتفة بالتهمة واعمالاً للحديث: «ادرؤا الحدود بالشبهات» وإن كان الحديث فيه ضعف ولكن له طرق في مجموعها يشد بعضها بعضاً ويكون في درجة الحسن لغيره والحديث الآخر: «إدرؤا الحدود ما استطعتم».

وكذلك وردت قضية في المحكمة الكبرى بالخبر أثناء ملازمتي تهمة القتل العمد ومع وجود إقرار المتهم المصدق شرعاً فعدل عنه أثناء محاكمته، وعزا إنكاره إلى إكراهه على الاعتراف، ولدى التحقق عن مكان الجريمة المذكورة في الدعوى لم يوجد سوى

• قضاء حوائج الناس وخدمتهم والإصلاح بينهم خيرما مرَّ بي

• ضرورة متابعة الوزارة لعمل القاضي إدارياً لنجاح سير العمل

• منح القضاة الإشراف المباشر على السجون تكميلاً للعدالة

بقية عظام لحمار فتم درء حد القصاص عنه، وتم الحكم عليه بالدية لذوي المتوفى لوجود التهمة المعضدة بوجود العداوة السابقة بين المقتول والمتهم، إلا أني رأيت أن يسلك في هذه القضية مسألة القسامة المعروفة شرعاً لوجود اللوث وهي العداوة الثابتة بين المتهم والقتيل، هذا بعض مما اسعفتني به الذاكرة وإلا فالقضايا كثيرة ومتنوعة، وكل قضية تحتاج إلى معالجة خاصة.

*** هل من عمل أو نشاط مارستموه بجانب عملكم وبعد تقاعدكم؟**

- بعد تجاوزي الحلم وقبل القضاء توليت مهمة شريفة بعد والدي رحمه الله

إماماً وخطيباً في وزارة الشـؤون الإسلامية والدعـوة والإرشـاد من عـام ١٣٩٧هـ، في جامع بجانب إمارة المنطقة الشرقية ثم جامع أسـامة بن زيد بالدمام قرابة ٣٩ سـنة حتى تاريخه وكنت سنداً بعد الله للوالد رحمه الله في أعمالـه التجارية والعقارية منذ الصـغر وكان ماهراً وتاجراً صـادقاً واكتسبت خبرة منـه رحمه الله في تلـك الأعمـال وإدارتها والبيـع والشـراء فقـد كان مسـتأمناً مـن الناسـ ومعارفه علـى أموالهـم وعقاراتهم واسـتثمارتها، وعملت بعد التقاعد في إدارة أملاك الأسرة والتفـرغ للعبادة وإلقاء بعض الدروس العلمية والدعوة إلى الله والنصـح لعباده والإصلاح بينهم، وبذل الاستشارات الشرعيـة والنظامية وأعمـال المحاماة، ثم تم الحصـول على رخصـة المحاماة وتأسـيس شركة المحامـون الدوليون وفروعها بالمملكة وإدارتهـا مع شركائي بعد وضـع الأهداف السـامية من انشـائها والعمل علـى تحقيقها وهـي تحقيـق العدالـة والعمـل بإخلاصـ

• تفعيـل محاكـم التنفيـذ فتـحٌ جديـد لإيصـال الحقـوق لمستحقيها

• تطور مذهل لوزارة العدل على كافة الأصعدة التنظيمية

وأمانـة والمحافظة على شرف المهنة وحقوق المظلومـين والدفاع عن غـير القادرين على دفـع أتعاب المحامـاة بالمجان بعـد التحقق من صـحة دعواهم وعجزهم ونسعى الآن مـع مجموعة مـن المحامين الممارسـين إلى إنشاء جمعية خيرية للمحاماة والاستشارات الشرعيـة والقانونيـة ليسـت ربحيـة لغير القادريـن وللقيام بدعاوى الاحتسـاب في الحق العام عند المقتضـى ومـا عند الله خير وأبقى.

*** ما الفرق بين القضاء في السابق والحاضر؟**

- من المعلوم لـدى العقلاء والحكماء أن مرفق القضـاء شـأنه خطـير في كل مجتمع إنسـاني على وجـه الأرض لارتـكازه على تحقيق العدالة للإنسـان والأمن العام ومنع

الظلم والتظالم بين الناس وإذا اختل ميزان القضاء وقع الفساد في الناس والهرج والتظالم والفوضى التي لا تحمد عقباها، ولن تنتفي هذه الآثار الفادحة التي لا حصر لها إلا بتطبيق أحكام الشريعة التي أنزلها الحكيم الخبير على رسوله صلى الله عليه وسلم المبنية على تحقيق المصالح العامة للأمة وتحقيق الأمن العام للناس جميعاً وكذلك حفظ المصالح الخاصة وهي حقوق العباد، لكونها مبنية على الضيق والمشاحنة، ولدرء المفاسد عن الناس وتقليلها، لاشك أن من اطلع على أنظمة القضاء السابق وسير القضاة في الدعاوى وبين القضاء الحاضر يجد أن هناك بوناً شاسعاً بينهما ولعل من أهم الفروق كفاءة القضاة السابقين من الناحية العلمية لمن سبر سيرتهم واطلع على قضائهم وذكائهم وفي كل القضاة خير، ومن الفروق قلة القضايا في السابق وكثرتها في الحاضر وتنوعها لازدياد عدد السكان والوافدين للعمل في المملكة والتطور

• أتمته وحوسبة المرافق العدلية وربطها إلكترونياً ساهم في تسهيل أمور المتقاضين

• مركز التدريب العدلي إضاءة في عالم العدالة

التجاري والصناعي وانفتاح الدنيا على أهلها والتكالب عليها والتنافس في جمع المال بأدنى الحيل والمخادعة والغش والتزوير والكذب لضعف الديانة وأما قناعة الناس بأحكام القضاة فهذا أمر ليس بالهين على النفوس ويستوي فيه الناس قديماً وحديثاً فنصف الناس أعداء لمن ولي القضاء هذا إن عدل ومن الفوارق أيضاً سرعة البت في القضايا وتنفيذها في الماضي لكونها غير معقدة ولعل التقنية الحديثة ساعدت كثيراً في تطوير القضاء وتسهيل إجراءاته وتنفيذ الأحكام، والمجتمع يتطلع إلى المزيد من هذا التطور الذي ييسر لهم التقاضي ويقضي على الروتين الذي يستهلك الطاقات والأوقات.

*** ما رأيكم بزيادة محاكم الاستئناف والتوسع الذي حصل لها؟**

- يعتبر زيادة محاكم الاستئناف والتوسع فيها إحدى مراحل التطور في وزارة العدل وقضى على المركزية التي ظلت عقوداً من الزمن يعاني أصحاب الفضيلة قضاة الاستئناف من تراكم القضايا وتأخر تدقيقها وتخفيف العناء على أصحاب الحقوق والدعاوى في السفر إلى مئات المسافات لمراجعة قضاياهم في الاستئناف غير أنه وجد نقص ملحوظ أحياناً في قضاة بعض المحاكم وذلك لنقل بعض قضاتها وترقيتهم إلى محاكم الاستئناف مما زاد العبء على القضاة الحاليين وعدم إيجاد البديل عن هذا النقص بشكل عاجل، ولعل في التعيينات الأخيرة والمتابعة خيرا كثيرا في معالجة هذا الأمر.

*** موقف أزعجكم وآخر أفرحكم سواء في القضايا المطروحة أو في حياتكم الاعتيادية؟**

• أتساءل عن منع المحامي من حضور التحقيق مع المتهم؟!

• يوجد قضاة يرفضون اطلاع المتهم أو المحامي باستدراكات الاستئناف

• من أبرز القضايا إنكار متهم ثم اعترافه ثم إنكاره فتم درء الحد بالتعزير

- تمر بكل إنسان مواقف في حياته بعضها يسر وبعضها يشجي ويؤلم والمؤمن أمره كله له خير إن أصابته ضراء صبر فكان خيراً له وإن إصابته سراء شكر فكان خيراً له، وإن مما يسرني ويسعدني قضاء حوائج الناس وحصول الصلح على يدي ومما يزعجني سماع الأخبار المؤلمة التي تقع للناس على حد سواء فالمؤمن يحب لأخيه ما يحبه لنفسه ويكره له ما يكرهه لنفسه، ومن المواقف التي أفرحتني وأسعدتني وقد كنت مستشاراً شرعياً وأسرياً متعاوناً في مركز التنمية الأسري لوالدة الأمير

ماجد بن عبدالعزيز بالرياض إقناع زوج في العقد السابع من عمره يسكن الدمام بتطليق زوجته التي هجرها عشرة أعوام وعمرها خمسون سنة تعيش في بيت أختها طيلة هذه السنين حيث أنها تكره العشرة معه وقد نهوها إخوانها عن إقامة دعوى ضده بطلب الطلاق ولم تستطع الخلاص منه خوفاً من إخوانها الذين تخلوا عنها في الرياض فكتب الله على يدنا إقناعه في جلسة واحدة بمكتبنا بالتطليق وتم ذلك ولله الحمد في غضون شهر وذلك لوجه الله تعالى وابتغاء مرضاته.

*** ما هي نظرتكم حيال فصل قضايا الأحوال الشخصية عن القضايا العامة؟**

- لا شك أن توفير القضاء المتخصص بشكل عام خطوة متميزة وايجابية ونوعية تحتمها طبيعة وضرورة العمل فنسبة قضايا الأحوال الشخصية تقارب الـ ٦٠٪ من القضايا العامة الأخرى وتخصيص محاكم لهذه النوع من القضايا يمنح القاضي مزيداً من التركيز والخبرة والإجادة والمراس ومن ثم سينعكس على سرعة حسم هذه القضايا لا سيما أن هذا النوع من القضايا حساس جداً ويتعلق بأفراد الأسرة والأواصر والعلاقة الزوجية مما يتطلب معالجتها وتناولها بالدقة والتوثق وعد التسرع وهذا لا يتأتى إذا دمجت هذه القضايا مع القضايا المختلفة.

• من أبرز القضايا إنكار متهم ثم اعترافه ثم إنكاره فتم درء الحد بالتعزير

• أقوى علاقاتي مع زملائي في المكتب القضائي وموظفي المحكمة

*** هل ترون تخصيص محاكم انهاءات لتخفيف العبء على القضاة للنظر في القضايا؟**

- التخصيص مقرون بزيادة الإنتاجية وسرعة إنجاز القضايا سواء في الإنهاءات وغيرها.

***هل ترون المساءلة في الشأن الإداري للقاضي لوزارة العدل حفاظاً لضبط سير العمل والحفاظ على العهد؟**

- أنا من مؤيدي كل أمر يؤدي إلى تحسين أداء الجهاز القضائي بشرط أن يكون ذلك بضوابط دقيقة تحقق الهدف ولا تؤثر بأي شكل من الأشكال على استقلال القضاء، فإذا كان هذا الأمر ممكنا فما المانع ؟ ويمكننا الاقتباس ممن سبقونا في تنظيم البيئة العدلية بنظم تعالج مثل هذه المسائل، فالعبرة بالنتيجة وما يؤديه هذا الإجراء أو يحققه من مصالح.

*** ما مدى التنسيق في الدوائر أثناء عملكم في المحاكم؟ وكيف توفقون بين وجهات النظر عند اتخاذ القرار؟**

- من المعلوم أن المحاكم العامة الكبرى سابقاً هي المختصة في النظر في قضايا القصاص في الأنفس والقطع في الأطراف والرجم ويتولى ثلاثة من القضاة النظر فيها فإذا كان في المحكمة أكثر من ثلاثة فيقوم رئيس المحكمة بالتنسيق بين القضاة بتوزيعهم في نظر القضايا المشتركة ويكون الحكم المعتمد لتصديقه من محكمة الاستئناف اتفاق القضاة بالإجماع أو بالأكثرية وغالباً ما يكون اتفاق على الحكم بالاجتماع ولمن كانت له وجهة نظر شرعية مخالفة لزملائه يدونها في الحكم لاطلاع قضاة التمييز عليها.

*** ماذا عن قضاء وقت فراغكم بعد التقاعد وبما تنصحون به؟**

- قد وجدت بعد التقاعد بعض الفراغ اقضيه في العبادة ومراجعة كتاب الله والمسائل الفقهية وإلقاء بعض الدروس والدعوة والإفتاء ونفع الناس والأنس مع الأسرة وزيارة الأقارب في المملكة ابتغاء ثواب الله في صلة الرحم وإدارة أملاك الأسرة وأعمالي التجارية والعقارية وزيارة الأصدقاء القدماء وكل يوم نكسب الرجال كما قيل: كسب الرجال ولا كسب المال فالمال يفنى والمحبة في الله تبقى كسبنا بعد

التقاعد أخوة في الله طيبين نسعد بالتواصل معهم وتبادل الخبرات والمصالح المشتركة لخير الدنيا والآخرة ندعو لهم ويدعون لنا بالخير ونتخذهم شفعاء لنا عند الله جلَّ وعلا في يوم يقول فيه الكفار وهم في حسرة: مالنا من شافعين ولا صديق حميم

*** حدثنا عن نوعية القضايا التي تمارسونها ونجحتم فيها؟**

- نقوم عادة باستقبال أي نوع من القضايا وعدم التخصص سواء جنائية أو تجارية أو إدارية أو حقوقية أو عمالية الخ ونحن ننطلق من مبدأ أن المحاماة مهنة شريفة لاستظهار الحق وإحقاقه وإيصاله إلى أهله ومنع الظلم، ومن الظلم أن تمتنع عن من لجأ إليك مظلوماً أو عاجزاً عن استيفاء حقه بأي حجة، فنحن ننطلق من مبدأ إسلامي نبيل في قوله صلى الله عليه وسلم: «أنصر أخاك ظالماً أو مظلوماً» البعض يتخصص في نوعية معينة من القضايا لأنها تزيد من مكاسبه المادية وهذا في رأيي يناقض مبدأ

• أنشأت جمعية خيرية للمحاماة والاستشارات الشرعية

• تم درء حد القصاص عن متهم بسبب وجود عداوة سابقة

وفلسفة المحاماة ومنطلقاتها، خصوصا إذا كان لديك المختصون المتمكنون من ذلك كل في مجال تخصصه والخبرة الجيدة لمعالجة هذه القضايا.

*** هل من كلمة عن وزارة العدل ومجلة العدل تنهون بها هذا اللقاء؟**

- من نعمة الله علينا ومنته بعد هدايتنا لهذا الدين القويم تولي هذه الدولة الرشيدة زمام الحكم فيها، وقيام كيانها منذ تأسيسها على تطبيق الشريعة في معاملاتها بالقضاء العادل ورعاية شؤون الرعية وضمان حقوقهم وحمايتها بالمجان حتى لا يمتنع غير قادر أو ضعيف أو فقير عن أخذ حقه المسلوب منه ممن هو أقوى منه نفوذاً أو غنى أو جاهاً، وهذا يرجع إلى استقلال القضاء فلا سلطان عليه الا سلطان الشريعة كما نصت عليه

المادة ٤٦ من نظام الحكم الأساسي للمملكة العربية السعودية، وقد لمسنا في السنوات الأخيرة القريبة دعم حكومتنا لمرفق القضاء ومساعيها حثيثة لتطويره وتزويده بميزانية سنوية ضخمة ناهيك عن دعم خادم الحرمين الشريفين الملك عبد الله بن عبدالعزيز حفظه الله لهذا المرفق في عهده الميمون بما يزيد على الميزانية المعتمدة من أجل تطوير القضاء في المملكة وأساليبه وإجراءاته بمبلغ سبعة مليارات ريال سعودي ويدل هذا الدعم على الاهتمام به ورعايته كمرفق ذو حساسية بالغة، وبما يبرز مكانته في الداخل والبلاد العربية والإسلامية والعالم أجمع ، ومن توفيق الله لهذه الوزارة الموقرة إنشاء مجلة العدل التي تعتبر منبراً إعلامياً متميزاً يحقق الأهداف السامية من إنشائها في نشر الفقه الإسلامي وتنشيط الاجتهاد في مجالي الفقه والقضاء في العصر الحاضر من خلال نشر البحوث العلمية المحكمة مما يسهم في رفع أداء القاضي وتوسيع مداركه وزيادة حصيلته

- **التقنية الحديثة ساهمت في تطوير القضاء وتسهيل إجراءاته**
- **مجلة العدل ساهمت في رفع الوعي القضائي والعدلي وحققت أصداءها باقتدار**

العلمية وكذلك المعنيين ممن لهم صلة مباشرة بالقضاء كالمحامين والدارسين والباحثين المتخصصين، ورفع مستوى الوعي الفقهي والقضائي والإداري في المجتمع السعودي من خلال التواصل الإعلامي والإجابة على استفساراتهم ذات الطابع العمومي وتوثيق العلاقة مع الجهات القضائية في الخارج.

وفي الختام؛ أزجي شكري لمعالي وزير العدل ووكلاء الوزارة ومنسوبيها العاملين في صرح العدالة وأعضاء هيئة الإشراف على هذه المجلة ورئيس تحريرها وجميع منسوبيها، لمنحي فرصة المشاركة بجهد المقل في هذا الصرح العلمي والإعلامي مجلة العدل.



ملحق يعنى بالتوعية القضائية ويلقي الضوء على مناشط الوزارة وإنجازاتها



- وزير العدل: المؤشرات ستجعل التداول العقاري على محك شفافية المعلومات
- تسهيلاً على المراجعين وإنهاء أعمالهم التوثيقية.. افتتاح ١٩ كتابة عدل في ٧ مناطق بالمملكة
- المحاماة في المملكة العربية السعودية وأسماء المحامين الممارسين المقيدين عام ١٤٣٥ هـ
- التقرير السنوي لمحاكم الاستئناف لعام ١٤٣٤هـ


هيئة المساحة الجيولوجية السعودية
خــريطــة
المملكة العربية السعودية
300 كم 200 100 0 100
البحـــر المتوسط
الاردن
العـــراق
الكويت
إيــــــــران
العربي
الخليج
قطر
البحرين
الإمارات العربية المتحدة
سلطنـــة عمـــان
الجمهوريـــة اليمنيـــة
بــحـــر العـــرب
مصـــر
الســـــودان
الأحمر
البحر
النفود الكبير
الدهناء
جبال طويق
الدهناء
الربـــــع الخـــالي
طريف
القريات
عرعر
سكاكا
رفحا
حقل
تبوك
حفر الباطن
الخفجي
تربة
جبة
حائل
تيماء
ضبا
العلا
النعيرية
الجبيل
الوجه
خيبر
بريدة
الزلفي
المجمعة
الدمام
الخبر
عنيزة
الغاط
الرس
الهفوف
أملج
شقراء
الرياض
سلوى
المدينة المنورة
ينبع
الدوادمي
عفيف
القويعية
الخرج
حرض
حوطة بني تميم
يبرين
رابغ
ظلم
الشيبة
ليلى
مكة المكرمة
جدة
الخرمة
الطائف
رنية
عردة
الخماسين
السليل
الليث
الباحة
بيشة
ذعبلوتن
القنفذة
النماص
الخرخير
خميس مشيط
أبها
نجران
شرورة
الوديعة
جازان
المصدر: هيئة المساحة الجيولوجية السعودية – الرياض

إن من أهم الموضوعات التي ينبغي أن يُعنى بها في القضاء، المصطلحات القضائية؛ حيث كثر في زمننا التقاضي وتطورت العبارات، مع تقدم القضاء في دولتنا إدارياً، و كثر في الواقع التفنن في الجرائم؛ فأصبح لها أسماء ومصطلحات خاصة؛ فكان لمعرفتها والإحاطة بها حسب المعمول به حاجة مهمة لكل من له صلة بالقضاء، حيث لا يخفى أثر المفاهيم على الأحكام؛ إذ الحكم على الشيء فرع عن تصوره، ولقد عنيت هنا بذكر المصطلحات القضائية من خلال الأنظمة المرعية.

إعداد : المعاون القضائي بالمحكمة العليا
إبراهيم بن أحمد الجنوبي

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين أما بعد:
ومن المصطلحات الخاصة بوسائل الإثبات:

الحيازة: وهي وضع اليد على الشيء مع القدرة على التصرف فيه(١).

والحيازة تكون بثلاثة أشياء: بالبيع والهبة، أو الزرع والاستقلال والسكنى، أو الغرس والبناء والإحياء(٢).

وقد اعتنى نظام المرافعات بهذا المصطلح؛ حيث جعل له ضوابط وإجراءات، وقد قصد بالحيازة: ما كان تحت اليد من عقار أو غيره، الذي يتصرف فيه بالاستعمال بحكم الإجارة، أو العارية، أو يُتصرف فيه بالنقل من ملكه إلى ملك غيره؛ سواء أكان بالبيع، أم الهبة، أم الوقف(٣).

ودعوى الحيازة بعامة: مطالبة واضع اليد على العين من عقار أو منقول ممن يده عليها يد أمانة، أو ضمان، أو ملك، بمنع التعرض لها أو استردادها ممن استولى عليها منه، أو وقف الأعمال الجديدة التي تضر بها(٤).

وتنقسم دعوى الحيازة إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: دعوى منع التعرض للحيازة وهي: من قبيل منع الضرر، ويقصد بها: طلب المدعي (واضع اليد) كف المدعى عليه عن مضايقته فيما تحت يده(٥).

القسم الثاني: دعوى استرداد الحيازة وهي: طلب من كانت العين بيده – وأخذت منه بغير حق، كغصب

(١) نظرية الدعوى ١/ ٢٥٠، ينظر: معجم لغة الفقهاء ص١٨٩.
(٢) ينظر: العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام ٢/ ٦٣.
(٣) ينظر: نظام المرافعات الشرعية السعودي المادة (٣١) ولائحته التنفيذية.
(٤) ينظر: نظام المرافعات الشرعية السعودي المادة (٣١) ولائحته التنفيذية، الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي ٢/ ١٧٠.
(٥) ينظر: نظام المرافعات الشرعية السعودي المادة (٣١) الفقرة (٢).



وحيلة – إعادة حيازتها إليه، حتى صدور حكم في الموضوع بشأن المستحق لها(٦).

القسم الثالث: دعوى وقف الأعمال الجديدة وهي: طلب المدعي (واضع اليد) لإزالة ما أحدثه المدعى عليه في ملك المدعي، من شأنها الإضرار به، حاضراً، أو مستقبلاً(٧) ، ومن ذلك: ما يرفع من دعاوى من أجل إزالة ما يُحدثه المدعى عليه في ملكه مضراً بجاره المدعي حاضراً أو مستقبلاً.

إن الحيازة بهذا المفهوم من المصطلحات التي عُرفت عند الفقهاء بلفظ الحيازة ووضع اليد.

فقد ورد عنهم قولهم: الحيازة: أن يصير الشيء في حيز القابض، والمشاع في حيزه من وجه، وفي حيز شريكه من وجه؛ لأنه لا يمكن أن يشار إلى شيء منه بعينه، فيقال أنه في يد هذا دون هذا(٨).

كما ورد أيضاً: أنه إذا كان النزاع الدائر على وضع اليد متعلقاً بالمنقول، فيعلم ذو اليد أيضاً عند القاضي بالرؤية ،كما أنه يعلم ذو اليد في المنقول بالإقرار أيضاً(٩).

كما ورد عنهم قولهم: الحيازة: الاستيلاء ووضع اليد، أرأيت إن شهدوا على دار أنها في يد رجل منذ عشر سنين، يحوزها ويمنعها ويكريها ويهدم ويبني، وأقام آخر البينة أن الدار داره، أيجعل مالك الذي أقام البينة على الحيازة وهي في يديه، بمنزلة الذي يقيم البينة وهي في يديه أنها له فيكون أولى بها(١٠).

وورد أيضاً عنهم قولهم: الحوز: وضع اليد على الشيء، فلو ادعى أنه حازه قبله، وشهدت له البينة بكونه بيده قبل الدعوى كاف في اختصاصه به(١١).

كما ورد أيضاً: أن الأصل في وضع اليد، أن يكون بحق وأنها تدل على الملك، حتى يثبت ما يرفعه(١٢).

وعند الحنابلة: عُرفت بلفظ وضع اليد، دون الحيازة(١٣).

حيث جاء عنهم ووضع اليد: أن تكون العين بيد أحدهما أي المتنازعين، فهي له ويحلف، أنه لا حق له فيها للآخر(١٤).

كما ورد أيضاً: أن يحكم باليد مع يمين صاحبها، كما إذا ادعى عليه عينا في يده، فأنكر، فسأل إحلافه، فإنه يحلف، وتترك في يده لترجح جانب صاحب اليد(١٥).

فالحيازة مصطلح عُرف في الفقه الإسلامي لفظاً ومعناً، ولا يزال يستعمل.

---

(٦) ينظر: نظام المرافعات الشرعية السعودي المادة (٣١) الفقرة (٤).
(٧) ينظر: نظام المرافعات الشرعية السعودي المادة (٢٣٨) ولائحته التنفيذية، المادة (٧٩) الفقرة (٦).
(٨) ينظر: المبسوط١٤/٣٢٧، بدائع الصنائع١٣/٢٩٤.
(٩) درر الحكام ٤/٢٩٣.
(١٠) ينظر: منح الجليل١٢/٥، المدونة ٤/٥٠.
(١١) ينظر: البهجة في شرح التحفة ١/٢٧١.
(١٢) الفتاوى الكبرى الفقهية ٣/١١٩.
(١٣) ينظر: شرح منتهى الإرادات ١٢/٣٠٣، الطرق الحكمية ص١٥٨.
(١٤) ينظر: شرح منتهى الإرادات ١٢/٣٠٣.
(١٥) الطرق الحكمية ص١٥٨.



المصطلحات الخاصة بالاستئناف:

التماس إعادة النظر: وهو طعن أحد الخصوم بالحكم القضائي، لإعادة نظر القضية بعد صدور الحكم، يلجأ إليه متى أصبح الحكم نهائياً(١٦) لا يمكن الاعتراض عليه عن طريق التمييز(١٧) ١٨).

وقد خص نظام المرافعات فصلاً بهذا المصطلح(١٩) وحصر التماس إعادة النظر فيما يلي(٢٠):

أ-إذا كان الحكم قد بني على أوراق ظهر بعد الحكم تزويرها، أو بني على شهادة قضي من الجهة المختصة بعد الحكم بأنها مزورة.

ب-إذا حصل الملتمس بعد الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان قد تعذر عليه إبرازها قبل الحكم.

جـ-إذا وقع من الخصم غش من شأنه التأثير في الحكم.

د-إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو قضى بأكثر مما طلبوه.

هـ-إذا كان منطوق الحكم يناقض بعضه بعضاً.

و-إذا كان الحكم غيابيا.

ز-إذا صدر الحكم على من لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى.

إن التماس إعادة النظر بهذا المفهوم من المصطلحات التي عُرفت في الفقه الإسلامي من حيث المعنى دون اللفظ.

حيث ورد عنهم قولهم: لو أن شخصاً ادعي عليه وأقيمت عليه بينة فقال: إنهم ضربوني خمسة أيام فحكم عليه الحاكم، ثم أراد أن يقيم البينة على الخصومة بعد الحكم، فقد وقع الخلاف في هل تسمع دعواه فينقض الحكم أم لا، فلا ينفذ قضاء القاضي(٢١).

كما ورد أيضاً قولهم: إذا حكم القاضي فقال المحكوم عليه، ما كنت أقررت عندك، لم ينظر إلى إنكار

---

(١٦) الأحكام النهائية هي: أ-الأحكام في الدعاوى اليسيرة التي لا تخضع للتمييز .ب- الأحكام التي قنع بها المحكوم عليه .ج- الأحكام التي فات آخر ميعاد للاعتراض عليها .د- الأحكام المصدقة من محكمة التمييز . هـ- الأحكام الصادرة من محكمة التمييز. ينظر: نظام المرافعات الشرعية السعودي المادة (١٩٢) فقرة (١).

(١٧) الأحكام القابلة للتمييز: تكون بالاعتراض على الحكم قبل صدوره في مجلس الحكم، يستدعي تدون اعتراضه في الصك، ومن ثم يرفع لمحكمة التمييز (اسمها التمييز سابقاً، والآن الاستئناف)، لدراسة الحكم القضائي، وضبطه، وأسباب الحكم، ومن ثم إمضاءه، أو لَحظ الخلل فيه، وتنبيه مصدره إلى ذلك، أو إظهار بطلانه ونقصه. ينظر نظام المرافعات الشرعية السعودي المادة (١٧٣)، (١٧٤) ولائحته التنفيذية، الكاشف في شرح نظام المرافعات ٢/ ١٨٥.

(١٨) ينظر: نظام المرافعات الشرعية السعودي المادة (١٩٢)، الكاشف في شرح نظام المرافعات السعودي ٢/ ١٨٥، ٢٦٣.

(١٩) ينظر: نظام المرافعات الشرعية السعودي الفصل الثالث.

(٢٠) ينظر: نظام المرافعات الشرعية السعودي المادة (١٩٢).

(٢١) ينظر: حاشية ابن عابدين ٥/ ٤٨٠، بدائع الصنائع ٧/ ٥.



المحكوم عليه، هذا هو المشهور في المذهب، وقيل لا يقبل إلا ببينة، فإن أنكرت البينة أن تكون شهدت بتلك الشهادة فقيل يصدق وينقض الحكم، وقيل يمضي ولا ينقض الحكم(٢٢).

وورد عنهم قولهم: لو حكم القاضي، بشهادة اثنين، فبانا له كافرين، أو عبدين، أو امرأتين، أو فاسقين، أو خنثيين، أو صبيين، أو نحو ذلك، نقض حكمه، أي أظهر بطلانه؛ لأنه تيقن الخطأ، كما لو حكم باجتهاده فوجد النص بخلافه، وينقضه غيره - أي غير القاضي - إذا بان له ذلك(٢٣).

وورد أيضاً قولهم: وإن بان بعد الحكم - من تلقاء نفسه، أو من غيره- أن الشاهدين كانا كافرين، أو فاسقين، نقض الحكم ويرجع بالمال، أو ببدله على المحكوم له، وإن كان المحكوم به إتلافاً، فالضمان على المزكين، فإن لم يكن ثم تزكية فعلى الحاكم.

وإذا بان بعد الحكم أن الشاهدين كانا كافرين نقض الحكم بلا خلاف(٢٤).

وإن تظلم متظلم من القاضي الذي كان قبله، وسأل إحضاره لم يحضره حتى يسأله عما بينهما .. فإن قال المتظلم: حكم علي القاضي بشهادة فاسقين، أو عدوين، أو جار علي في الحكم، وله بينة أحضره، أو وكيله، وحكم له بها، وإن لم يكن له بينة ففيه وجهان(٢٥).

فالتماس إعادة النظر مصطلح عُرف في الفقه الإسلامي من حيث المعنى دون اللفظ.

الحكم لم يكتسب القطعية: وهو الحكم المعترض عليه من قبل المحكوم عليه، خلال الجلسة قبل توقيعه على الضبط(٢٦)، أو الحكم القابل للتمييز دون اعتراض، كما لو كان الحكم غيابياً(٢٧)، فيكون الحكم بهذا لم يكتسب القطعية في المدة المحددة للاعتراض، وقبل تصديقه من قبل المحكمة المختصة، إن قدم لائحته الاعتراضية، فإذا لم يقدم الخصم اعتراضاً خلال هذه المدة سقط حقه في طلب التمييز، وعلى المحكمة اتخاذ محضراً بذلك في ضبط القضية، والتهميش على الصك وسجله، بأن الحكم قد اكتسبت القطعية(٢٨).

أو كان الحكم يلزمه التمييز، فلا يعتبر قطعي حتى يصادق عليه من قبل المحكمة المختصة، كما لو كان إذن بيع عقار القاصر، أو الوقف، أو قسمته، كما نص عليه النظام(٢٩)، فهو في هذه الفترة يعتبر حكم لم يكتسب القطعية.

(٢٢) ينظر: الذخيرة١٠/ ٩٨، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك٥/ ٩٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير١٧/ ٩٠.

(٢٣) ينظر: أسنى المطالب شرح روض الطالب٢٢/ ٤٨٨، التنبيه في الفقه الشافعي ص٢٧٣، الحاوي في فقه الشافعي ١٦/ ١٧٢.

(٢٤) الإنصاف ١٢/ ٧٨، ينظر: الفروع ١١/ ٢٢٠.

(٢٥) الكافي في فقه ابن حنبل٤/ ٢٢١.

(٢٦) ينظر: نظام المرافعات الشرعية السعودي المادة (١٧٤) ولائحتها التنفيذية.

(٢٧) ينظر: نظام المرافعات الشرعية السعودي المادة (١٧٦) ولائحتها التنفيذية.

(٢٨) ينظر: نظام المرافعات الشرعية السعودي المادة (١٧٨) ولائحتها التنفيذية.

(٢٩) ينظر: نظام المرافعات الشرعية السعودي المادة (٣٢) ولائحتها التنفيذية فقرة (٦).



الفرع الثاني: الدراسة الفقهية للمصطلح

إن مصطلح الحكم لم يكتسب القطعية من المصطلحات التي عُرفت في الفقه الإسلامي من حيث المعنى دون اللفظ.

حيث ورد عنهم قولهم: فإذا أثبت المدعي بشهود أن له في ذمة الغائب عشرة دنانير، وجرت تزكية الشهود سراً، وعلناً، وتبين أنهم عدول ومقبولو الشهادة فيحكم بتحصيل المبلغ المذكور، من المدعى عليه الغائب، وإذا حضر المحكوم عليه فله دفع الدعوى بقوله: قد أديت لك هذا المبلغ، أو أنك أبرأتني من كافة الدعاوى، أو أن للشهود في الدعوى جر مغنم كذا، أو دفع مغرم كذا، وبذلك يكون حق المدعى عليه محفوظاً في دفع الدعوى والطعن في حق الشهود(٣٠).

فالحكم على الغائب متوقف على إقراره أو إنكاره إذا حضر، فهي بذلك لم تكتسب القطعية، في الفترة التي لم يحضر فيها الغائب.

وورد عنهم قولهم: للقاضي أن يحكم بدون إعذار، ثم يستأنف الإعذار(٣١) فإن أبدى المحكوم عليه مطعناً نقضه وإلا بقي الحكم(٣٢).

فتبين من ذلك أن للقاضي أن يحكم بدون إعذار، ويكون الحكم غير نافذ حتى يستأنف الإعذار، فإن طعن المحكوم في الحكم وإلاَّ أصبح الحكم نافذاً.

كما ورد أيضاً قولهم: وإن أراد القاضي بعد ثبوت الحق عنده، أن يحكم به على الغائب، جاز عند الشافعي وعند من يرى القضاء على الغائب، ويوقف الأمر إلى حضوره، أو يطلب القاضي الإنهاء إلى حاكم بلده ليخلفه، في سماع بينة الغائب المقيم في بلد الخلف(٣٣).

فالحكم على الغائب متوقف على حضوره لسماع بينته، فهي بذلك لم تكتسب القطعية، في الفترة التي لم يحضر فيها الغائب.

وورد عنهم قولهم: فتسمع الدعوى والبينة على الغائب مسافة قصر، وعلى غير مكلف، ويحكم بها، ثم إذا حضر الغائب فهو على حجته(٣٤).

فالحكم على الغائب متوقف على ما عنده من حجة إذا حضر، فهي بذلك لم تكتسب القطعية، في الفترة التي لم يحضر فيها الغائب.

فمصطلح الحكم لم يكتسب القطعية مصطلح عُرف في الفقه الإسلامي من حيث المعنى دون اللفظ.

---

(٣٠) **ينظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٤/ ٦٢١، رد المحتار ٢٢/ ١٩٢.**

(٣١) **الإعذار هو: الإعذار سؤال الحاكم من توجه عليه الحكم، ببينة، هل عنده ما يجرح هذه البينة، أم لا؟ ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٢١/ ٣١١.**

(٣٢) **ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير١٧/ ٩٠، شرح مختصر خليل للخرشي ٢١/ ٣١١.**

(٣٣) **ينظر: الحاوي الكبير١٦/ ٢٣٧، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٨/ ٢٦٨-٢٧٠.**

(٣٤) **ينظر: حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع٧/ ٥٥٦، مطالب أولي النهى٦/ ٥٤٠، المغني١١/ ٤٨٦.**

وكالة الوزارة للتخطيط والتطوير

بدايات وتاريخ التطوير

صدر قرار معالي وزير العدل رقم (١٣٨٤) لعام ١٤١١هـ بعد الاطلاع على نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦٤) وتاريخ ١٣٩٥/٧/١٤هـ، المعدل بالمرسومين الملكيين رقم (م/٧٦) وتاريخ ١٣٩٥/١٠/١٤هـ ورقم (م/٤) وتاريخ ١٤٠١/٣/١هـ.

وعلى نظام الخدمة المدنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٩) وتاريخ ١٣٩٧/٧/١٠هـ.

وعلى لوائح نظام الخدمة المدنية الصادرة بقرار رئيس مجلس الخدمة المدنية رقم (١) وتاريخ ١٣٩٧/٧/٢٧هـ.

وعلى قرارات مجلس الخدمة المدنية بلوائح التوظيف والتعيين والتطوير الإداري والتدريب.

وعلى الأمر السامي رقم ١١٠٨/٧/م بإناطة المهام المتعلقة بالتنظيم والتدريب إلى وحدة إدارية واحدة في كل جهاز حكومي تسمى (التطوير الإداري) وترتبط بالقيادات العليا في الجهاز.

وبناء على مقتضيات المصلحة العامة.

بالآتي:

المادة الأولى:

تنشأ في وزارة العدل إدارة تسمى الإدارة العامة للتطوير الإداري ترتبط بنا وتخضع لإشرافنا المباشر وتشكل من العناصر القيادية والباحثين والموظفين العاملين في وحدة التنظيم وفي شعبة التدريب ووفقاً لمقتضيات المصلحة العامة لممارسة الصلاحيات والاختصاصات المنصوص عليها في هذا القرار.

المادة الثانية:

(١) تختص الإدارة العامة للتطوير الإداري بإجراء الدراسات التنظيمية ومتابعة إجراءات وأساليب العمل وأجهزته الفنية لتطويره وإنشاء نظام معلومات لمساعدة الإدارة في أداء مهامها ووضع وتحديث الدليل التنظيمي للوزارة.

(٢) دراسة وتحديد الاحتياجات التدريبية في كافة المجالات بالتعاون والتنسيق مع الجهات ذات الاختصاص واقتراح الخطط والبرامج اللازمة للتدريب والابتعاث ومتابعة تنفيذها بعد إقرارها واعتماد موازناتها.

(٣) القيام بأية مهام أخرى تكلف بها في مجال عملها واختصاصها ورفع التقارير الدورية عن كافة مهامها الرئيسية وأعمالها وما تكلف به دراسات أو مهام أخرى تتعلق بالتطوير الإداري والتنظيم والتدريب.

المادة الثالثة:

يكلف لها مديراً عاماً على (المرتبة ١٣) فأكثر، بالقيام بأعمال الإدارة العامة للتطوير الإداري ويتولى إعداد مشروع القرار التنظيمي بتشكيل الإدارة وأقسامها على ضوء ما تقرره اللجنة المختصة المنصوص عليها في القرار (١٩٢) وتاريخ ١٤٠٩/١١/١٨هـ، الصادر من اللجنة العليا للإصلاح الإداري المعمم بالأمر السامي رقم ١١٠٨/٧/م وتاريخ ١٤١٠/٥/٢١هـ. وينقل للعمل بالإدارة المذكورة الباحثون والموظفون العاملون في وحدة التنظيم وفي شعبة التدريب والكفايات العلمية التي ترشحها القيادات العليا في أقسام الوزارة المختلفة وفقاً لمقتضيات مصلحة العمل وبموافقة مسبقة منا.

المادة الرابعة:

يفوض المدير المكلف بالقيام بأعمال الإدارة العامة للتطوير الإداري في الاتصال بالقيادات العليا لكافة أقسام الوزارة وباستقصاء الرأي بشأن احتياجات الأقسام المختلفة وما تقتضيه في مشروع القرار التنظيمي للإدارة العامة للتطوير الإداري تمهيداً لاعتماده وإصداره.

المادة الخامسة:

تتولى الإدارة العامة للتطوير الإداري إعداد مشروع الخطة العامة للتطوير والتنظيم والتدريب والابتعاث وفقاً لأحكام المادة الثانية من هذا القرار.

ويفوض المدير المكلف بالقيام بأعمال الإدارة العامة للتطوير الإداري بالاتصال بالقيادات العليا في كافة أقسام الوزارة وفروعها لجمع البيانات وإعداد الخطة وفقا

لاحتياجاتها وبالتعاون والتنسيق مع الأجهزة المختصة في حدود الاعتمادات المقررة وهو مسؤول أمامنا عن متابعة تنفيذ الخطة ورفع التقارير الدورية عنها بعد اعتمادها.

المادة السادسة:

يعمل بهذا القرار اعتباراً من تاريخ صدوره ١٤١١/١٢/٣هـ ويبلغ إلى وكلاء الوزارة والأمين العام لمجلس القضاء الأعلى للاعتماد...

إنشاء الوكالة

صدر قرار رقم (٧٢٠٠) في ١٤٣٢/٥/٢٧هـ من معالي وزير العدل

بناءً على الصلاحيات المخولة له نظاماً، وبعد الاطلاع على نظام القضاء وآلية العمل التنفيذية. وعلى الهيكل التنظيمي للوزارة المرافق لكتاب معالي وزير الخدمة المدنية رئيس اللجنة الفرعية للجنة الوزارية للتنظيم الإداري رقم ١٠/١٧٩/١٦٤/٤/٣١ في ١٤٣٢/٣/١٩هـ الذي اشتمل على إحداث وكالة الوزارة للتخطيط والتطوير، ولمقتضيات المصلحة العامة.

بالآتي:

أولاً: تنشأ في الوزارة وكالة للتخطيط والتطوير.

ثانياً: ترتبط بمعالي وكيل الوزارة.

ثالثاً: يرتبط بالوكالة: الإدارة العامة للتخطيط والميزانية وما يتفرع عنها من إدارات، والإدارة العامة للتطوير الإداري وما يتفرع عنها من إدارات، والإدارة العامة للتدريب وما يتفرع عنها من إدارات.

رابعاً: يسري هذا القرار اعتباراً من تاريخ صدوره.

خامساً: يبلغ هذا القرار لمن يلزم لاعتماده وتنفيذه.

مهام وصلاحيات الوكالة:

١-اقتراح الأساليب والوسائل التي ترفع مستوى الأداء في الوكالة للاضطلاع بمهامها والقيام بمسؤولياتها لتحقيق الأهداف العامة للوزارة.

٢- الإشراف على وضع الخطة السنوية للتخطيط التي تتضمن البرامج العامة والمتخصصة والملتقيات وورش العمل وما يتطلبه الأمر من التواصل مع الجهات المختلفة سواءً الحكومية أو الخاصة داخل المملكة وخارجها.

٣-الإشراف على إعداد الخطط الخمسية للتنمية فيما يتعلق بنشاط التخطيط والتطوير وجمع المعلومات بالتنسيق مع الوكالات والإدارات المعنية بالوزارة ومع وزارة الاقتصاد والتخطيط لبرمجة مشاريع الوزارة مالياً وبشرياً وزمنياً وترتيب أوضاعها.

٤-متابعة تنفيذ الخطط المعتمدة من قبل الإدارة المعنية ومدى تطبيقها للأنظمة واللوائح والتعليمات والتنسيق فيما بينها بما يضمن التكامل بين نشاطاتها.

٥-التنسيق مع إدارة الميزانية والإدارات الأخرى ذات الصلة بالوزارة لتجميع المعلومات المالية والإحصائية لتحليل أوضاع واحتياجات المرافق العدلية القائمة وتحديد الاحتياجات الفعلية من المشاريع الجديدة.

٦-المشاركة في اللجان المعنية بأنشطة وأعمال التخطيط والمعلومات بالوزارة، ومتابعة اللجان الدائمة والمؤقتة المتعلقة بالتخطيط لضمان إنهاء أعمالها في الوقت المحدد، ورفع تقارير دورية لنا بما يتم.

٧-العمل مع وكالات الوزارة على وضع الخطط الإستراتيجية للوزارة بشكل واضح ومكتوب، وتحديد مسؤولية كل جهة عما يخصها من هذه السياسة ومتابعة تنفيذها.

٨-توحيد الخطط المقترحة للقطاعات والوحدات الإدارية بالوزارة ضمن الخطط السنوية والخمسية، والاتصال والتنسيق مع هذه القطاعات والوحدات الإدارية بالوزارة، ومساعدتها في إعداد خططها وبرامجها التطويرية، وإعادة صياغتها وإخراجها في شكلها النهائي، واتخاذ الخطوات اللازمة لاعتمادها.

٩-الإشراف على خطط الوزارة الواردة ضمن خطط الدولة الخمسية ومتابعة تعميمها (وتنفيذها) على القطاعات والوحدات الإدارية المختلفة بالوزارة للعمل بمقتضاها، وإبلاغهم بالخطط التي تم اعتمادها.

١٠-بناء وتطوير قواعد المعلومات والإحصاءات والبيانات التي تحتوي على كل ماله علاقة بالوزارة وتعزيز التكامل بينها وربطها آلياً بالفروع ومع الجهات الحكومية المختصة.

١١-متابعة عمليات الجودة الشاملة بهدف ترشيد التكاليف والاستثمار الأمثل للموارد ويزود مكتبنا بنسخة من التقارير.



مهنة المحاماة وأهميتها في تحقيق العدالة

في ظل التطورات الاجتماعية السريعة استحوذت البيئة الاجتماعية على اهتمام متخذي القرارات بالقيام بنشاطات من شأنها حماية وتحسين المجتمع بشكل عام بالإضافة إلى تنمية وحماية المصالح الشخصية ولذلك فإن نتيجة هذه النشاطات هي تحقيق ما يطلبه المجتمع ويسعى إليه من رفع شامل لنوعية الحياة الاجتماعية بأوسع معانيها وفي هذه الحالة يتم التناغم بين النشاطات المهنية ومتطلبات المجتمع بحيث تؤدي هذه النشاطات إلى المنفعة الاجتماعية بالإضافة إلى الربح الذي يسعى إليه المهني.

وهي المسؤولية الكبيرة للمنظمة تجاه المجتمع وتمتد إلى التزام المهني بتحقيق أهداف المجتمع إضافة إلى اهتمامه بتحقيق أهدافه وبشكل متوازن.

إن درجة الاهتمام أو الالتزام بالمسؤولية الاجتماعية يتراوح بين الاهتمام الذاتي والاهتمام العالي بالمجتمع ولكل من هذين الاتجاهين سلبياته وإيجابياته ولكن على متخذي القرار بشكل دائم تحقيق التوازن بينهما.

يتوجب على المهني تجاه المهنة جانبين من المسؤولية:

المسؤولية الاجتماعية

تتمثل المسؤولية الاجتماعية في جانبين أساسيين :

الجانب الأول: تحديد التأثيرات السلبية والايجابية للمهنة على المجتمع وتتمثل هذه التأثيرات بالاتجاهات الآتية:

- السلوك الإيجابي للمهنة: وهي سلوكيات مهنية ايجابية في المجتمع والمتمثلة في الالتزام والانضباط التنظيمي بضوابط وقواعد وسلوكيات المجتمع وعاداته وتقاليده إضافة إلى ما تخلفه المهنة من سلوكيات داعمة للسلوكيات الإيجابية الأخرى في المجتمع وعملها على تصحيح السلوكيات الخاطئة والسلبية وبالتالي توجيه مسيرة المجتمع وتطويره بالاتجاه الصحيح.
- السلوك السلبي للمهنة: وهي ممارسة لسلوكيات سلبية تؤثر اجتماعياً واقتصادياً في المجتمع كالتستر على جرائم غسل الأموال ودعم الإرهاب.

الجانب الثاني: تحديد المسؤولية في تأمين احتياجات المجتمع ودعم مسيرته وحل مشاكله وتتمثل هذه بالأتي:

- التطبيق الجيد والملتزم للقوانين والأنظمة والتعليمات في المجتمع وعدم الالتفاف عليها أو تطبيقها بشكل سيء.
- احترام ومراعاة الأعراف والعادات والتقاليد السائدة أثناء ممارسة المهنة، وبذل الجهود وتطوير هذه العادات والتقاليد باتجاه مواكبتها لحركة التطور المجتمعي والمهني.
- الاهتمام بتطوير السلوكيات والأنماط الاجتماعية الايجابية والحد من السلوكيات والأنماط الاجتماعية السلبية.
- دعم النشاطات الاجتماعية والصحية والتعليمية والأمنية والثقافية التي تؤدي إلى تطوير المجتمع وتحسين أدائه واستمراره وبقائه.

المسؤولية الأخلاقية

الأخلاق جزء مهم من سلوكيات المجتمع والأخلاق تحدد أنماط واتجاهات السلوك الأدائي العام للمهنة والمجتمع ومسؤولية المهني دائماً هو أن يكون اتجاهه السلوكي العام منسجماً ومتوافقاً مع الاتجاه السلوكي العام للمجتمع أي أن أخلاقيات المهني يجب أن تنطلق وأن تدعم وأن تسير وفق أخلاقيات المجتمع الإيجابية.

إن المسؤولية الأخلاقية للمهنة لها بعدين:

البعد الأول: الالتزام بأخلاقيات المجتمع واعتمادها في حركتها وأدائها.

البعد الثاني: الالتزام بأخلاقيات المهنة، فلكل مهنة أخلاق محددة مرسومة وعلى المهني أن يحدد أخلاقياته المهنية ضمن نشاطاتها المختلفة في المجتمع ولا بد أن يكون هناك توافق دائم بين الأخلاق المهنية وأخلاق المجتمع.

إن المسؤولية الأخلاقية للمهنة ترتبط بالأتي:

- الالتزام بالأخلاق والقواعد الأخلاقية ومبادئ الشرف العامة والمهنية للمجتمع واعتمادها كقاعدة ذاتية في سلوكها وتصرفها ضمن المجتمع.
- الالتزام بالأخلاق المهنية من خلال اعتماد قواعد الأخلاق المهنية في جميع مجالات العمل وتشجيع ودعم وتطوير الأخلاق الإيجابية واعتمادها ومنع والحد من الأخلاقيات السلبية في المهنة.
- عدم التجاوز على حقوق المجتمع والأفراد لصالح المهنة وإنما العمل على تحقيق التوازن بين حقوق المجتمع والأفراد من جهة أخرى وبما يؤمن أخلاق وقيم العدالة والحق.
- الحفاظ على حقوق الأطراف المتعاملة مع المهنة من دولة ومجتمع.

تاريخ المحاماة

مهنة المحاماة مهنة حرة ومستقلة تشارك السلطة القضائية في تحقيق العدالة وهي قديمة قدم القضاء، وقد كانت تعرف عند فقهاء الشريعة بالوكالة بالخصومة وإن كانت تختلف عنها في بعض الجوانب إلا أنها تمارس من خلالها ولم تعرف فقهاء الشريعة إلى مهنة المحاماة كنظرية عامة كما فعل فقهاء القانون الوضعي وان كان الهدف السامي للمهنة قد أصل في نصوص الشريعة الإسلامية وأسس وذلك كما ورد في قاله تعالى: ﴿ إِنَّآ أَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ ۚ وَلَا تَكُن لِّلْخَآئِنِينَ خَصِيمًا ﴿١٠٥﴾ ﴾ النساء: ١٠٥ . وفي قوله تعالى: ﴿ وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ﴾ المائدة: ٢ ، وكما جاءت السنة المطهرة في قوله صلى الله علية وسلم: "مَنْ أَعَانَ عَلَى خُصُومَة بظُلْم أَوْ يُعِينُ ظالم لَمْ يَزَلْ فِي سَخَطِ اللَّه حَتَّى يَنْزِعَ" فيتضح لنا أن الدفاع عن الغير والمخاصمة في الحقوق أمر لازم وحق قديم مرتبط بالبشرية وبوجودها وقد وجدت هذه المهنة في الأمم السابقة فلها سابقة لدى الرومانيين والكلدانين وأهل بابل والفرس والمصريين القدماء فقد وجد عند المصرين القدماء منذ عام ٢٧٧٨ قبل الميلاد جماعة يسدون المشورة للمحامين وعند السومريين القدماء وفي عهد حمورابي عام ١٧٥٠ قبل الميلاد كان لكل خصم في خصومة حق توكيل غيره للمطالبة بحق أو ببراءته. وأول استخدام للفظة محامي كان في عصر الإمبراطورية الإغريقية الأولى. فالمحاماة والدفاع عن الغير أمام القضاء وتقديم المشورة فيها ليست وليدة العصر الحديث أو الثورة الفرنسية كما يعتقد البعض أو أنها خاصة بثقافة دون أخرى بل هي متعلقة بالإنسان وبحقوقه وبالمحافظة عليها والدفاع عنها.

وظلت تتطور تطور الأشياء وتطور الإنسان حتى وصلت إلى ما هي عليه في عصرنا الحالي . ويمكن اعتبار أول نظام يصدر في تنظيم هذا العمل أو المهنة وجعله منظما صدر عام ١٨١٠م بعد الثورة الفرنسية والذي تم تعديله في عام ١٩٤١م، وأما في البلاد الإسلامية كما سبق بيانه وتأصيله في النصوص الشرعية كان يعرف من يقوم بهذا العمل وهذه المهنة بنظام وكلاء الدعوى والخصومات وأول ظهور له كتنظيم مستقل كان في عام ١٨٤٦م حين وضعت الدولة العثمانية شروطا لمن يريد مزاولة مهنة المحاماة وأما في مصر كان ذلك عام ١٨٨٠م وقيل ١٨٨٤م بصدور أول لائحة للمحامين وكانت تعرف قبل ذلك بنظام وكلاء الدعوى أو بمهنة الوكالة أمام القضاء في عهد محمد علي باشا وكان يطلق علي الممارس لها قبل ذلك باسم الوكلاء أو افوكاتيه ولم يسمى بالمحامي إلا بعد صدور تلك اللائحة ونصت على تسميتهم بالمحامين وأول نظام يصدر بتنظيم المهنة واعتبارها مهنة مستقلة كان في عام ١٩١٦م وفي عام ١٩١٢م بإنشاء نقابة للمهنة.

وفي المملكة العربية السعودية كذلك لم تعرف مهنة المحاماة بهذا الاسم إلا بعد صدور نظام المحاماة الصادر بالمرسوم الملكي الكريم رقم م/٣٨ بتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨هـ وقد مرت مهنة المحاماة بمرحلتين قبل صدور هذا النظام لممارسة المهنة من قبل جهتين جهة تصدر من المحاكم الشرعية والتي تمنح من يريد المرافعة عن الغير رخصة الوكالة بالخصومة لمن لديه دراية بالترافع وبأحكام الشريعة الإسلامية وبالفقه الشرعي في التقاضي والمدافعة أمام القضاء وتصدق هذه الرخصة من محكمة التمييز والموقعة من ثلاث قضاة من قضاة المحكمة تمنح صاحبها حق التوكل عن الغير بالترافع أمام الجهات الشرعية.

والجهة الثانية هي وزارة التجارة عندما أصدرت القرار الوزاري رقم (١١٩٠) في ١٤٠٢/٢/١٦هـ بتنظيم مهنة الاستشارات القانونية وفق شروط محددة لمن يحمل مؤهل علمي في القانون بممارسة مهنة الاستشارات القانونية وتخول صاحبها بالمثول أمام الجهات القضائية ممثلا عن الغير ويسمى بالمستشار القانوني وبعد صدور نظام المحاماة وتم إلغاء ما تصدره تلك الجهتين.

وأصبح الممارس لهذه المهنة يسمى بالمحامي ويقوم بالترافع عن الغير وتقديم الاستشارات الشرعية والنظامية وفق شروط محددة وضوابط نظامية تكفل صلاحية الممارس لهذه المهنة الشريفة وتم صدور اللوائح التنفيذية لهذا النظام بقرار وزير العدل برقم (٤٦٤٩) وتاريخ ١٤٢٣/٦/٨هـ. لتكتمل منظومة المهنة ومقوماتها النظامية والحمد لله رب العالمين.

إحصاء عام ١٤٣٥هـ لقسم المتابعة في إدارة المحاماة

- بلغ عدد المنتحلين لمهنة المحاماة والمحالين لهيئة التحقيق والادعاء العام (١٨)
- بلغ عدد خطابات الاستقدام ونقل الكفالة وتعديل المهنة لمستشارين أجانب (٨٩).
- بلغ عدد الشكاوى التي أودعها المتقاضون على المحامين في عام ١٤٣٥هـ (١١٩) شكوى.
- بلغ عدد المتدربين حسب عام ١٤٣٥هـ (٧٣٣) متدرباً (٦١١) من الذكور و(١٢٢) من الإناث.

جولات قسم المتابعة على مكاتب المحاماة لعام (١٤٣٥هـ)

قام قسم المتابعة خلال العام ١٤٣٥هـ بزيارة عدد من مكاتب المحاماة المنتشرة في المملكة وبلغ إجمالي الزيارات في العام ١٤٣٥هـ ما مجموعه (٣٤٧) مكتباً والمدن التي تم زيارتها هي:

المدينة	عدد المكاتب
مكة المكرمة	٤٩
الرياض	١٣٥
جدة	١٦٥

القواعد التي تتبع بشأن القضايا العالقة لدى المحامين الموقوفين

المادة الأولى: تتولى لجنة قيد وقبول المحامين النظر في الإجراءات والتدابير اللازمة المتعلقة بالقضايا العالقة لدى المحامين الموقوفين، والرفع بالتوصيات لكل قضية لوزير العدل.

المادة الثانية: يُمهل المحامي الموقوف ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغه بالإيقاف؛ لتسوية القضايا العالقة لديه مع موكليه.

المادة الثالثة: يقدم المحامي الموقوف ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغه بالإيقاف؛ لتسوية القضايا العالقة لديه مع موكليه.

المادة الثالثة: يقدم المحامي الموقوف للجنة قيد وقبول المحامين بعد نهاية المدة المذكورة في المادة الثانية بياناً يتضمن ما يلي:

أ- القضايا التي تمت تسويتها مع موكليه، والمحاكم والجهات المنظورة لديها مع إرفاق نسخة من اتفاقيات التسوية المبرمة مع موكليه.

ب- القضايا التي لم يتم بشأنها تسوية مع موكليه بعد مضي المدة المذكورة في المادة الثانية، والمحاكم والجهات المنظورة لديها، ومواعيد نظرها، مع إرفاق نسخة من الاتفاقيات المبرمة مع موكليه، وسندات التوكيل، والمستندات، والأوراق، والمراسلات المتعلقة بكل قضية.

المادة الرابعة: إذا لم يقدم المحامي الموقوف بعد مضي المدة المذكورة في المادة الثانية البيان المشار إليه في المادة الثالثة؛ فعلى الوزارة الكتابة للمحاكم وديوان المظالم والجهات المختصة للإفادة عن القضايا المنظورة لديها الموكل فيها المحامي الموقوف.

خدمات الإدارة العامة للمحاماة

تهدف وزارة العدل من إنشائها للإدارة العامة للمحاماة إلى تقديم خدمات القيد والترخيص لمن تنطبق فيه شروط إصدار ترخيص مزاولة مهنة المحاماة، والعمل على متابعة وتطوير مهنة المحاماة، ومتابعة تنفيذ أحكام النظام ولائحته التنفيذية.

- قسم استقبال طلبات القيد/ مهمته استقبال طلبات القيد في جدول المحامين الممارسين وجدول المتدربين.
- قسم التراخيص/ هو القسم المعني بالمرحلة الثانية بعد قسم الاستقبال فبعد صدور قرار منح تراخيص محاماة للمتقدمين يقوم قسم التراخيص بإكمال الأمور المتعلقة بالمرخص له من إدخال بياناته في قاعدة البيانات والسجلات، وتسليم الترخيص وبطاقة المحامي.
- قسم المتابعة/ هو القسم المختص بمتابعة مكاتب المحامين في المملكة والقيام بجولات وزيارات لمكاتبهم للاطلاع على الأعمال التي تقوم بها ومتابعة نظامية المكتب وإعداد تقرير شامل له ومن يعمل به من سعوديين أو غير سعوديين، وكذلك إبلاغ المحامي بالمخالفة ويطلب منه تصحيحها ويعطى مدة معينة لذلك وإلا فإنه سوف يتخذ الإجراء اللازم حياله.

كما يقوم القسم باستقبال الشكاوى المتعلقة بالمحامين سواء منهم أو عليهم والمتابعة مع سعادة عضو هيئة التحقيق والادعاء العام المكلف في قضايا المحامين.

- قسم المستشارين وتطوير المهنة/ يعمل القسم على دراسة ما يجد من الأمور الإدارية والنظامية من دراسات واستشارات متعلقة بمهنة المحاماة وإصدار الوجهة النظامية فيها، وكذلك الدراسة والإجابة على الاستفسارات الواردة من الجهات التابعة للوزارة ومن الجهات الحكومية الأخرى واستفسارات المحامين.
- قسم مركز المعلومات/ هذا القسم بمثابة لمجمع وأرشيف لكافة وثائق ومعلومات المحامين وقد تم خلال العام ١٤٣٥هـ نقل كامل قاعدة بيانات المحامين من البرنامج السابق، والذي كان يعمل على (بيئة الآكسر) إلى برنامج الحاسب الآلي الجديد والذي يعمل على (بيئة الاوراكل) مما ساهم في سهولة التعامل مع بيانات المحامين وساعد على إيجاد قنوات اتصال حديثة للتواصل معهم كخدمة الرسائل القصيرة sms وخدمة البريد الإلكتروني.

كما يقوم القسم بالتواصل الإلكتروني مع المحامين في كل ما يتعلق بأعمالهم في الإدارة كما يقوم القسم بإعداد دليل المحامين الممارسين.

نموذج موحد للوحات مكاتب المحاماة

نصت المادة (٣/٢١) من نظام المحاماة ولائحته التنفيذية ونصها: (يكون للوحات الخارجية لمكاتب مزاولة المهنة لون، وشكل، وحجم موحد وفق نموذج تعده الإدارة وتوضع على المقر الرئيس وفرعه من الخارج وتشتمل على: (أرقام الترخيص والهاتف واسم المحامي فرداً أو شركة).

وإشارة إلى الفقرة (٨) من المادة (١١) من نظام المحاماة ولائحته التنفيذية المضافة بالقرار الوزاري رقم (٥٨٣٠٣) في ١٤٣٤/١٢/٢٩هـ ونصها (على المحامي العمل بمقتضى القواعد والتعليمات المبلغة من الوزارة)، وحيث إن بعض لوحات مكاتب المحاماة لا تقتصر على ما نص:

بيانات اللوحة الخارجية

اللون: الأبيض والأسود، المساحة: الحد الأقصى (٣،٠٠ X ١،٥٠).

المحامي «فرداً»

اسم المحامي (الاسم وفق ما ورد في الترخيص)
ورقم الترخيص
وأرقام الهاتف

المكتب عبارة عن «شركة بين اثنين»

اسم المحامي وشريكه المحامي (الاسم وفق ما ورد في الترخيص)
وترخيص المحامي.. ترخيص المحامي..
ترخيص شركة محاماة..
وأرقام الهاتف

«شركة محاماة بأكثر من محاميين»

(المحامي..... وشركاؤه)
رقم ترخيص شركة المحاماة
رقم ترخص المحامين (/) (/) (/)
وأرقام الهاتف:

بيانات اللوحة الداخلية

لون اللوحة: للمحامي اختيار ما يراه مناسب مع الديكور العام للمكتب أو للعمارة.

المساحة: الحد الأقصى (٧٠ X ٥٠).

المحامي «فرداً»

اسم المحامي (الاسم وفق ما ورد في الترخيص)
ورقم الترخيص
أوقات الدوام:

المكتب عبارة عن «شركة بين اثنين»

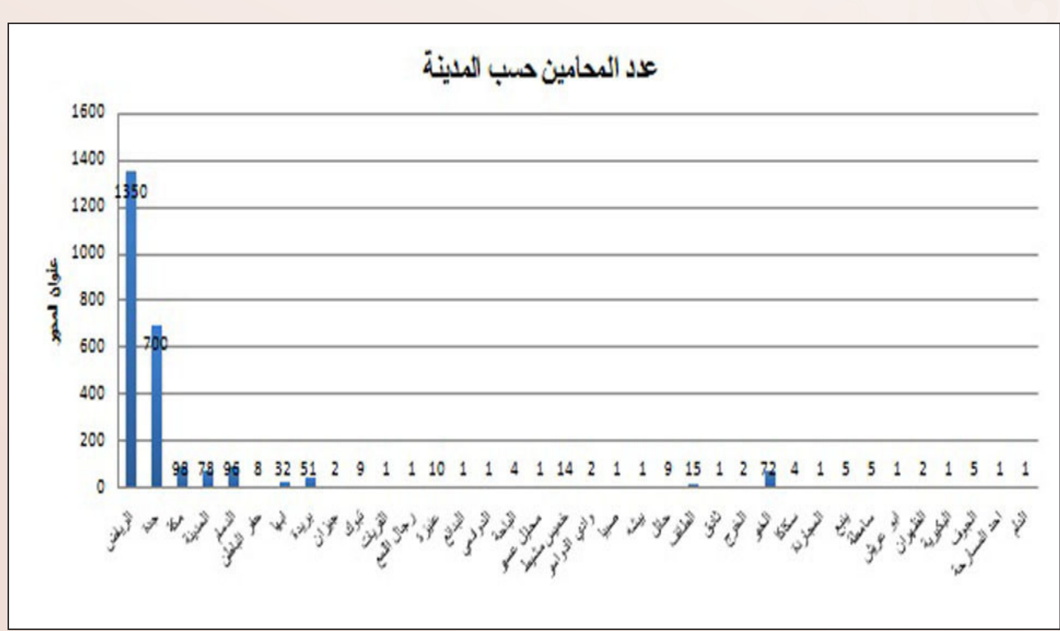
اسم المحامي وشريكه المحامي (الاسم وفق ما ورد في الترخيص)
وترخيص المحامي.. ترخيص المحامي..
ترخيص شركة محاماة..
أوقات الدوام:

«شركة محاماة بأكثر من محاميين»

(المحامي..... وشركاؤه)
رقم ترخيص شركة المحاماة
رقم ترخص المحامين (/) (/) (/)
أوقات الدوام:

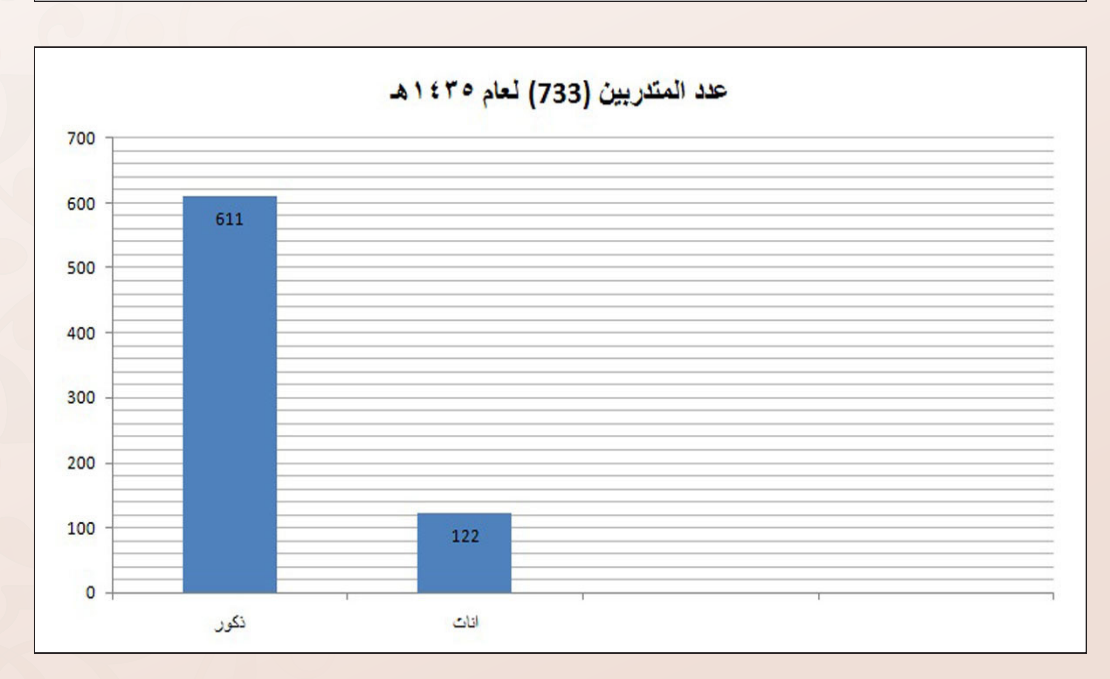
أعداد المحامين في مناطق المملكة

المنطقة	العدد
منطقة مكة المكرمة	823
منطقة المدينة المنورة	86
منطقة الرياض	1377
المنطقة الشرقية	215
منطقة القصيم	71
منطقة عسير	52
منطقة جازان	14
منطقة الحدود الشمالية	1
منطقة الجوف	11
منطقة تبوك	10
منطقة نجران	3
منطقة حائل	9
منطقة الباحة	4
اخرى	174



عدد تراخيص المحاماة الصادرة حسب الأعوام

	1423	1424	1425	1426	1427	1428	1429	1430	1431	1432	1433	1434	1435
الاجمالي	224	205	159	199	186	174	102	32	194	411	286	283	435
محامي	224	205	159	199	186	174	102	32	194	411	286	283	435
محامية	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	10	22



أسماء المحامين الممارسين المرخصين في عام ١٤٣٥هـ

١. عبدالله بن صالح بن إبراهيم المحيميد
٢. صالح بن محمد بن صالح شعيب
٣. فريح بن برازي بن نازل الرويلي
٤. بدر بن عائد بن عيد الشاطري المطيري
٥. عبدالله بن عبدالعزيز بن راشد المطيردي
٦. خالد بن محمد بن عبدالله الجربوع
٧. د.بدر بن محمد بن غضبان الشملاني العنزي
٨. ايمن بن حسين بن رشيد الزرير
٩. مطرف بن محمد بن فالح البرقي
١٠. تركي بن عبدالله بن حمد الغنام
١١. عبد الرحمن بن عبد الله بن زيد الفرحان
١٢. راشد بن عبد الرحمن بن محمد التويجري
١٣. عبدالعزيز بن عبدالرحمن بن عبدالله الدرويش
١٤. سليمان بن عبدالعزيز بن سليمان الصائغ
١٥. أسامة بن عبدالعزيز بن سعود الطواله
١٦. ثامر بن عبدالمحسن بن عبدالله الحنيوي
١٧. محمد بن إبراهيم بن محمد الجريوي
١٨. فيصل بن سعد بن علي الشثري
١٩. محمد بن فالح بن سعيد آل جبار القحطاني
٢٠. فهد بن عبدالله بن فهد الشايع
٢١. مشاري بن محمد بن علي الصيخان
٢٢. أحمد بن عبدالرحمن بن عبدالله الاحمد
٢٣. عبدالعزيز بن محمد بن عبدالعزيز الصقعبي
٢٤. محمد بن زيد بن إبراهيم آل جمعان التمامي
٢٥. عبد العزيز بن محمد بن عبد العزيز السلمي
٢٦. عبدالرحمن بن علي بن عبدالله الجمعة
٢٧. مهند بن علي بن حمد الزغيبي
٢٨. فيصل بن علي بن عبدالله الشبانات
٢٩. فيصل بن فهد بن محمد العثيم
٣٠. عبدالعزيز بن محمد بن عبدالعزيز العبدالوهاب
٣١. ناصر بن محمد بن صالح السلطان
٣٢. علي بن فهد بن علي المسردي
٣٣. د. صالح بن عبدالعزيز بن محمد العقيل
٣٤. محمد بن أحمد بن محسن بن ناجي آل ناجي
٣٥. محمد بن عبدالله بن سليمان الشمسان
٣٦. عمار بن عبدالله بن محمد الشعيبي
٣٧. عبدالله بن علي بن عبدالعزيز الشثري
٣٨. حمد بن محمد بن حمد الهوشان
٣٩. فيصل بن صالح بن حمد الفوزان
٤٠. عبدالمحسن بن فيصل بن عبدالله الجدعان
٤١. حمد بن عبدالرحمن بن حمد الحركان
٤٢. د. فيصل بن محمد بن عبدالعزيز الوعلان
٤٣. فهد بن محمد بن عبدالرحمن الفوزان
٤٤. علي بن عبدالله بن محمد القعود
٤٥. خالد بن عبدالرحمن بن خليف الراشد
٤٦. محمد بن عبدالرحمن بن عبدالله الخليوي
٤٧. ماجد بن خالد بن ماجد بن خثيله
٤٨. د. خالد بن عبدالعزيز بن محمد الدخيل
٤٩. محمد بن ناصر بن مقبل المقبل
٥٠. علي بن محمد بن علي الجربوع
٥١. مبارك بن عبدالله بن محمد الزايد
٥٢. د .بندر بن عبدالعزيز بن إبراهيم اليحي
٥٣. عياد بن نداء بن عياد النهير الشمري
٥٤. عبدالله بن عبدالرحمن بن ناصر البراك
٥٥. يحي بن محمد بن أحمد العلكمي
٥٦. مشعل بن سليمان بن محمد الخضيري
٥٧. عبدالله بن محمد بن عبدالله المنصور
٥٨. فهد بن حميدي بن دعيدش السبيعي العنزي
٥٩. محمد بن عبدالله بن محمد الحيدالشهري
٦٠. عبدالرحمن بن مرزوق بن علي آل حسن الغامدي
٦١. رائد بن حسن بن باتل العبري
٦٢. طلال بن فائز بن ناجي الشلوي
٦٣. عبدالله بن محمد بن عبدالمحسن الجريوي
٦٤. أحمد بن عبدالقادر بن شيبة الحمد شيبة الحمد
٦٥. سعد بن غرم الله بن عبدالله الغامدي
٦٦. الامير/تركي بن محمد بن فهد بن عبدالعزيز آل سعود
٦٧. حسين بن عبدالرحمن بن سعد الراجح العنقري
٦٨. خالد بن عبدالعزيز بن سليمان الحسياني
٦٩. ذيب بن مجدل بن سلطان ابن سفران
٧٠. محمد بن عبدالرحمن بن إبراهيم البراهيم

٧١. هشام بن عبدالله بن صالح الخزيم
٧٢. اسماء بنت قيس بن سلمان الدريعي
٧٣. د .عبدالله بن إبراهيم بن علي الطريقي
٧٤. نايف بن محسن بن محمد الدعجاني العتيبي
٧٥. أحمد بن شايع بن دريوش السعود
٧٦. عبدالله بن أحمد بن عبدالله الهزاع
٧٧. منصور بن مبارك بن حسين العزه السبيعي
٧٨. محمد جاد بن أحمد صالح بن جاد المصري
٧٩. د. علي بن سليمان بن الحمد العطيه
٨٠. سليمان بن علي بن صالح الضالع
٨١. فيصل بن حسن بن عجب آل حفيظ الدوسري
٨٢. عبدالله بن محمد بن عبدالله اليحيى
٨٣. تركي بن عبدالله بن مرعي القحطاني
٨٤. خالد بن الأسود بن جيلان الشرقي
٨٥. أحمد بن عايض بن عبدالله محيميد الصواط
٨٦. عبدالرحمن بن محمد بن عبدالله الماجد
٨٧. محمد بن عبدالرحمن بن محمد المشيلح
٨٨. إبراهيم بن محمد بن علي المزارقه
٨٩. عبدالمحسن بن عبدالعزيز بن محمد الشدي
٩٠. محمد بن حسن بن يحيى السنحاني الفيفي
٩١. نايف بن عمري بن عمار العزيزي المطيري
٩٢. خالد بن محمد بن إبراهيم الجار الله
٩٣. خالد بن سعود بن عبيسان الجوهر
٩٤. ياسر بن عوض بن عويض لويحق المطيري
٩٥. محمد بن عبدالله بن سعيد البشيري الزهراني
٩٦. جميله بنت فهد بن عبد العزيز بن شلهوب
٩٧. عبدالله بن فارس بن عقاب التوم
٩٨. علي بن صالح بن رشيد الوهيبي
٩٩. محمد بن عبدالكريم بن عبدالرحمن العبيد
١٠٠. حسام بن عبداللطيف بن محمد بن غيث
١٠١. د . زيد بن عبدالكريم بن علي الزيد
١٠٢. حسن بن محمد بن هادي الشهري
١٠٣. عبدالرحمن بن مصلح بن محمد الثبيتي
١٠٤. حنين بنت صلاح بن إبراهيم الحجيلان
١٠٥. عبدالرحمن بن حسين بن عطيه آل يزيد الحارثي
١٠٦. عبدالله بن محمد بن عبدالله الحناكي
١٠٧. د. وليد بن سعد بن محمد بن عوشن
١٠٨. محمد بن حسين بن علي مختار
١٠٩. خالد بن مخلد بن محمد العوفي الحربي
١١٠. عمر بن عبدالوهاب بن عبدالله الوهيب
١١١. د. سليمان بن أحمد بن سليمان العليوي
١١٢. ثامر بن فيصل بن مرشد الشعلان
١١٣. فضل بن سعد بن إبراهيم بن شامان
١١٤. ياسر بن سليمان بن عبدالله الخليوي
١١٥. عبدالمجيد بن إبراهيم بن عبدالرحمن العيسى
١١٦. خالد بن محمد بن مغيص السعيد الشمري
١١٧. علي بن إبراهيم بن عبدالعزيز البكري
١١٨. هشام بن محمد بن علي الزبن
١١٩. إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الشعلان
١٢٠. عبدالرحمن بن ناصر بن عبدالعزيز الحنيظل القريني
١٢١. عماد بن مطلق بن علي العتيبي الروقي
١٢٢. د. عبدالرحمن بن عبدالله بن عبدالعزيز المخضوب
١٢٣. نواف بن إبراهيم بن عبدالله العمري
١٢٤. سعود بن سعد بن عبدالله الصعب
١٢٥. فهد بن محمد بن سعد البواردي
١٢٦. عبدالله بن محمد بن أحمد آل هريري الزهراني
١٢٧. جود بن عماد بن حسن بترجي
١٢٨. زارب بن علي بن زارب آل عبدالرحمن القحطاني
١٢٩. عبدالملك بن عبدالعزيز بن عبدالرحمن الحمدان
١٣٠. عبدالرحمن بن عبدالله بن راشد المشاري
١٣١. عبدالعزيز بن محمد بن ناصر الشبيبي
١٣٢. بسام بن حميد بن محمد السبيعي العنزي
١٣٣. ثامر بن محمد بن علي السكاكر
١٣٤. فيصل بن عبدالله بن ناصر الراشد
١٣٥. عبدالرحمن بن أحمد بن عبدالله الزيد
١٣٦. عبدالمحسن بن حميد بن عبدالله الحميد
١٣٧. عبدالله بن أحمد بن ناصر الحربي
١٣٨. منصور بن راكان بن دغيم المقاطي العتيبي
١٣٩. عبدالمحسن بن محمد بن عبدالرحمن الغيهب
١٤٠. رائد بن عبدالرحمن بن عبدالله الشعلان
١٤١. يزيد بن عبدالرحمن بن عبدالعزيز الفياض
١٤٢. عبدالعزيز بن إبراهيم بن عبدالعزيز الغنام
١٤٣. مساعد بن عبدالرحمن بن عبدالله الربيش
١٤٤. عبدالملك بن هشام بن ناصر الزرعه

١٤٥. سلطان بن صالح بن عمر الطويرقي
١٤٦. د. سليمان بن عبدالله بن عبدالعزيز الغزي
١٤٧. عبدالعزيز بن رشود بن راشد الرشود
١٤٨. عبدالله بن سحل بن شفاقه الفدعاني العنزي
١٤٩. محمد بن عبدالله بن محمد الراجحي
١٥٠. عبدالله بن خالد بن عبدالله العيد
١٥١. داهم بن مبارك بن داهم الشكره الدوسري
١٥٢. أحمد بن عبدالرحمن بن سليمان السمحان
١٥٣. سلمان بن ساكر بن عداي السبيعي العنزي
١٥٤. عبدالله بن مطلق بن عبدالله المطلق
١٥٥. سعيد بن مسعود بن صالح بن بلال آل فطيح اليامي
١٥٦. عبدالله بن سالم بن عيد الفايدي
١٥٧. عبدالله بن صالح بن عبدالعزيز آل الشيخ
١٥٨. علي بن حسن بن يحي الحازمي
١٥٩. عبدالله بن محمد بن سعد آل كله الدوسري
١٦٠. ريم بنت عيسى بن المحمود العجمي
١٦١. مرام بنت عبدالله بن عقل القشعم
١٦٢. عبدالعزيز بن ناصر بن محمد العامر
١٦٣. عبدالمحسن بن عبدالله بن علي المديميغ
١٦٤. عادل بن صالح بن محمد العويد
١٦٥. حسن بن أحمد بن ناصر الحسين
١٦٦. فلاح بن علي بن عبدالله المنصور
١٦٧. أحمد بن عيد بن مصلح الحوت الغامدي
١٦٨. علي بن حمد بن إبراهيم الخلف
١٦٩. سليمان بن علي بن سالم الغازي
١٧٠. فارس بن جابر بن محمد الخالدي
١٧١.فهد بن تركي بن مسعد الجعفري المطيري
١٧٢. يحى بن محمد بن داود حمصانى
١٧٣. عاصم بن منصور بن أحمد المالك
١٧٤. عبدالله بن علي بن عبدالله السلاطين القحطاني
١٧٥. نايف بن سهو بن نزال الروقي العتيبي
١٧٦. صالح بن خالد بن محمد الرشود
١٧٧. عثمان بن عثمان بن محمد الحقيل
١٧٨. سلطان بن محمد بن عبدالله الربيش
١٧٩. سعد بن عبدالله بن عبيد الهويمل
١٨٠. د. يحيى بن صالح بن حسن الحسون
١٨١. عبدالرحمن بن عبدالله بن صالح حميسان
١٨٢. عبيده بن غالب بن عبدالله الشبل
١٨٣. نايف بن بركه بن زامل الحوشان
١٨٤. حسين بن عبدالله بن علي العمري الزهراني
١٨٥. عبدالله بن عبدالمحسن بن عبدالله الزكري
١٨٦. تركي بن محمد بن عبدالعزيز الناجم
١٨٧. مؤيد بن علي بن محمد التركي
١٨٨. إبراهيم بن عبدالرحمن بن إبراهيم الهويشل
١٨٩. د. عبدالله بن منصور بن محمد البراك
١٩٠. متعب بن محمد بن يحي الخزمري الزهراني
١٩١. أحمد بن جابر بن حسين المالكي
١٩٢. خالد بن عبدالله بن محمد الشبرمي
١٩٣. محمد بن عيادة بن كنعان التمياط
١٩٤. محمد بن عبدالرحمن بن صالح السبيهين
١٩٥. سعود بن خالد بن عناد الخمعلي
١٩٦. خالد بن عبدالله بن إبراهيم الكلثم
١٩٧. حيدان بن محمد بن أحمد الحيدان
١٩٨. محمد بن خليل بن إبراهيم العمار
١٩٩. محمد بن فواز بن محمد آل عثمان
٢٠٠. ماجد بن يوسف بن صالح المرشودي الحربي
٢٠١. محمد بن عبدالله بن محمد الخنين
٢٠٢. محمد بن ناصر بن مذكر ابوحمراء
٢٠٣. محمد بن صالح بن عبدالكريم الزيد
٢٠٤. عبدالعزيز بن محمد بن عبدالعزيز الهديب
٢٠٥.ماجد بن ضاوي بن ماجد الشيباني العتيبي
٢٠٦. يوسف بن عبدالله بن محمد الحليبه
٢٠٧. عبدالله بن عبدالرحمن بن محمد الخنين
٢٠٨. عبدالملك بن ناصر بن عبدالله الهديان
٢٠٩. ضاري بن سعد بن مطر العلوي الحربي
٢١٠. عبدالله بن أحمد بن جابر العمري الفيفي
٢١١. نسرين بنت عبدالرحمن بن عبداللطيف العيسى
٢١٢. حسين بن عبدالوالي بن نامي القويعي السلمي
٢١٣. نوف بنت عبدالله بن علي العيد
٢١٤. عبدالله بن فهد بن علي العساف
٢١٥. محمد بن فيصل بن عبدالله آل روق القحطاني
٢١٦. عبدالله بن فهد بن عبدالله المطلق الدوسري
٢١٧. أحمد بن عبدالله بن إبراهيم الشويعر
٢١٨. محمد بن صالح بن عبدالرحمن القرعاوي

٢١٩. خالد بن منيف بن فيحان السور
٢٢٠. معتز بن عبدالعزيز بن جار الله الجارالله
٢٢١. د. يوسف بن أحمد بن محمد القاسم الزهراني
٢٢٢. عبدالمجيد بن عبدالعزيز بن إبراهيم بن مهيني
٢٢٣. ماجد بن علي بن محمد الجبعان
٢٢٤. عمار بن نجيب بن عبدالعزيز السويلم
٢٢٥. منصور بن محمد بن عقلاء الحسين
٢٢٦. ماجد بن إبراهيم بن محمد الفارس
٢٢٧. مساعد بن عبدالعزيز بن مساعد الغزي
٢٢٨. ممدوح بن محمد بن شالح المقاطي العتيبي
٢٢٩. تاله بنت عماد بن جميل الحجيلان
٢٣٠. عبدالله بن محمد بن إبراهيم القويز
٢٣١. سالم بن راشد بن عمران العزيزي المطيري
٢٣٢. محمد بن إبراهيم بن عيسى العيسى
٢٣٣. تركي بن خالد بن زايد الوطيباني المطيري
٢٣٤. ايمان بن زيد بن عبدالله بن معطش
٢٣٥. بشار بن عبدالعزيز بن صالح الجاسر
٢٣٦. عمر بن عبدالله بن تركي الضحيان
٢٣٧. أحمد بن عبدالعزيز بن ناصر الجهيمي
٢٣٨. مؤيد بن عشري بن صنيتان الهديب
٢٣٩.إبراهيم بن محمد بن محمد النشوان
٢٤٠. عثمان بن أحمد بن عبد العزيز الدويش
٢٤١. بدر بن عبدالله بن ظافي آل عفنان الدوسري
٢٤٢.رجب بن فارس بن رجب الخزمري الزهراني
٢٤٣. هشام بن عبدالعزيز بن عبدالله القين
٢٤٤. عبدالعزيز بن محمد صالح بن محمد افندي
٢٤٥. ثامر بن عبدالله بن أحمد باوزير
٢٤٦. محمد بن سعيد بن علي بكير
٢٤٧. فؤاد بن إبراهيم بن علي اكبر بخاري
٢٤٨. راشد بن محمد بن راشد الهزاع
٢٤٩. أنور بن جزاء بن حماد الشيخ
٢٥٠. زينه بنت علي بن حامد المحضار
٢٥١. اسامة بن عبدالله بن عبدالعزيز آل شاكر
٢٥٢. تركي بن عبدالله بن عايض آل حامد
٢٥٣. عبدالرحمن بن أحمد بن عبدالله كعكي
٢٥٤. ماجد بن عبد الله بن يحيى الصالبي الزهراني
٢٥٥. فهد بن عادل بن عطية الله القليطي

٢٥٦. عبدالرحمن بن عصام بن محمد رويحي
٢٥٧. صهيب بن على بن محمد سعيد امام
٢٥٨. ايهاب بن فؤاد بن عبدالوهاب حلواني
٢٥٩. محمد بن صالح بن أحمد بن محمد كردي
٢٦٠. صهيب بن عدلي بن علي حماد
٢٦١. حسين بن أحمد بن صالح العمودي
٢٦٢. محمد بن سراج بن جميل عطرجي
٢٦٣. خالد بن علي بن عبدالله آل سلطان العسيري
٢٦٤. أحمد بن عوض بن صالح بازيد
٢٦٥. عبدالله بن عوض بن عايض آل مساعد المالكي
٢٦٦. محمد بن عبدالله بن محمد الفارس
٢٦٧. خالد بن صالح بن عبدالله غراب
٢٦٨. معن بن عبدالحق بن عارف خوتاني
٢٦٩. محمد بن سعد بن مسفر الحلي الغامدي
٢٧٠. وليد بن حسين بن عبدالله الحسيني الحارثي
٢٧١. محمد بن زهير بن محمدنيازي مراد
٢٧٢. فاطمة بنت حسن بن عبدالقادر قابل
٢٧٣. محمد بن أحمد بن عبدالله اليوسف
٢٧٤. الجوهره بنت سعود بن عبد العزيز الحوطي
٢٧٥. محمد بن فواز بن منير الثعلي
٢٧٦.فاطمه بنت علي بن عيدروس المحضار
٢٧٧. يوسف بن عصام بن يوسف عبدربه
٢٧٨. ياسر بن محمد بن أحمد آل المليحه الغامدي
٢٧٩. سلطان بن باتل بن مبارك الغضوري العنزي
٢٨٠. راكان بن دخيل الله بن محمد ناصر القليطي العمري
٢٨١. أحمد بن حمود بن حسن منصور آل خيرات
٢٨٢. سطام بن علي بن أحمد ابو العيد
٢٨٣. فهد بن محمد بن عامر بارباع
٢٨٤. منال بنت ناصر بن عثمان العبدان
٢٨٥. خالد بن عبدالرحمن بن مطر الهجله المطيري
٢٨٦. نوره بنت محمد بن عبد الله التويم
٢٨٧. ماجد بن صالح بن خالد الترياني الشمري
٢٨٨. راكان بن أحمد بن محمد ديناري
٢٨٩. محمد بن هشام بن حسن حنبولي
٢٩٠. عبدالرحمن بن فريح بن علي العقلاء
٢٩١. هاني بن حسن بن محمد ابوزيد
٢٩٢. حنيف بن ناصر بن سعيد الجروي القحطاني

٢٩٣. إبراهيم بن محمد بن علي العميري الراشدي
٢٩٤. جمال بن حسن بن محمد علي فارسي
٢٩٥. أحمد بن بدر بن عبدالله باعبدالله
٢٩٦. بندر بن عواض بن مقبول المروحي الثبيتي
٢٩٧. محمد بن وليد بن علي بخرجي
٢٩٨. غفران بكر بن محمد علي شيخون
٢٩٩. شاكر بن عبدالله بن مطر آل عبيدالله الغامدي
٣٠٠. خالد بن أسامة بن أحمد خلاوي
٣٠١. سفر بن محمد بن سفر آل شيبان الشهراني
٣٠٢. محمد بن بدر بن محمد السبهان
٣٠٣. ناصر بن فيصل بن ناصر العلي
٣٠٤. نايف بن موسى بن سراج البهيدل
٣٠٥. عبدالعزيز بن عبدالله بن عبدالرحمن العثيم
٣٠٦. ياسمينه بن محمد بن عبدالله هاشم
٣٠٧. هنادى بنت إبراهيم بن عبدالغفار جمجوم
٣٠٨. معتز بن عبدالله بن صالح الصيخان
٣٠٩. خالد بن عبدالرزاق بن معاذ معاذ
٣١٠.ايات بنت أسامة بن محمد سعيد باخريبه
٣١١. محمد بن علي بن جمعان القشيري الغامدي
٣١٢. ماجد بن محمد بن علي العبسي
٣١٣. وليد بن محمد بن وجيه الطويل
٣١٤. ماجد بن سعد بن عبدالله آل حنش القحطاني
٣١٥. عمران بن ساريه بن محمد سلامه
٣١٦. بدر بن مرزوق بن عويضه الرفاعي الجهني
٣١٧. ياسر بن محمد بن دخيل الوافي
٣١٨. عبدالعزيز بن خالد بن أحمد مرداد
٣١٩. مالك بن سالم بن محمد الصالح
٣٢٠. أحمد بن محمد بن سعد آل شلحان الزهراني
٣٢١. جمعان بن سعيد بن علي الحجاج الغامدي
٣٢٢. سمر بنت سمير بن عبدالله الحيسوني
٣٢٣. أنوار بنت خالد بن مسلم الحربي
٣٢٤. عمرو بن محمد بن عمر الحارثي
٣٢٥. فهد بن مروان بن حلمي مكي
٣٢٦. أحمد بن دخيل الله بن جبار الحمده الثقفي
٣٢٧. تركي بن محمد بن سليمان المنيعي
٣٢٨. حمدان بن عبدالرحمن بن أحمد آل هندي الغامدي
٣٢٩. رغده بنت حسن بن يوسف متدارس
٣٣٠. سامي بن أحمد بن إبراهيم اسكندراني
٣٣١. ماجد بن حسين بن عبدالله بن فتن الشريف
٣٣٢. إبراهيم بن محمد بن يوسف خياط
٣٣٣. عبدالرحمن بن سلمان بن عبدالرحمن الكعبي العمري
٣٣٤. حمد بن محمد بن حامد العيسى السالمي
٣٣٥. شاكر بن موسى بن عيسى زاعبي سفياني
٣٣٦. عبدالرحمن بن محمد بن أحمد بن حسن الدارقي
٣٣٧. عبدالحميد بن جعفر بن عبدالحميد داغستاني
٣٣٨. عبدالعزيز بن عبدالرحمن بن عبدالله العصيمي العتيبي
٣٣٩. سعد بن محمد بن عيسى النباتي الهذلي
٣٤٠. عبدالرحمن بن خاطر بن عبدالرحمن البركي الزهراني
٣٤١. صلاح الدين بن عبدالقادر بن محمد فيرق
٣٤٢. أحمد بن زيد بن عقيل عطيف
٣٤٣. أحمد بن فيصل بن سالم العبدلي الشريف
٣٤٤. عبدالله بن صالح بن محمد التويم
٣٤٥. طلال بن موسى بن شنيف الثابتي المالكي
٣٤٦.محمد بن عمر بن محمد الحجيلي
٣٤٧. أنس بن محمد بن محمد علي شرقاوي
٣٤٨. عبدالله بن علي بن عبدالرحمن بن صالح العليان
٣٤٩. محمد بن ثامر بن شحات البدراني العمري الحربي
٣٥٠. حسن بن يحيى بن علي مخزم دغريري
٣٥١. عبدالعزيز بن عبيد بن عبدالله السحيمي
٣٥٢. فهد بن سعود بن عبدالعزيز الحرة
٣٥٣. عبدالله بن حمزه بن عبدالحميد حسين
٣٥٤. عبدالله بن منصور بن علي المنصور
٣٥٥. معوض بن لافي بن رابح الجهني
٣٥٦. نايف بن أحمد بن محمد الحسيني الشريف
٣٥٧. صالح بن جمعان بن أحمد الكناني الزهراني
٣٥٨. عتيق بن معيض بن طريسان الشاماني الحربي
٣٥٩. محمد بن دخيل بن صويلح بن سهيل الرحيلي
٣٦٠. ريان بن محمد بن محمد قربان
٣٦١. د. زكي بن عبدالرحيم بن حسين بن محمود
٣٦٢. إبراهيم بن يحي بن إبراهيم اليحي
٣٦٣. سعود بن سعيد بن سعد الرحيلي
٣٦٤. محمد بن عايد بن عواد المرواني الجهني

٣٦٥. د. منصور بن محمد بن إبراهيم النعمان
٣٦٦.حمد بن على بن أحمد الدموخ الدوسري
٣٦٧. وليد بن يوسف بن أحمد البريك الحوطي
٣٦٨. صالح بن علي بن صالح اللحيدان
٣٦٩. فهد بن راشد بن إبراهيم الرقيب التميمي
٣٧٠. عبداللطيف بن صالح بن محمد العامر
٣٧١. محمد بن أحمد بن محمد الربيعان
٣٧٢. سعد بن فايز بن محمد المدرع
٣٧٣. عبدالله بن حسين بن مجري السبيعي
٣٧٤. فاضل بن حمود بن فايز التومي الشمري
٣٧٥. راشد بن عبدالله بن محمد الدهان
٣٧٦. أحمد بن نجيب بن صالح بوسنام الدوسري
٣٧٧. محمد بن حسين بن علي البقشي
٣٧٨. عبدالسلام بن عبدالله بن إبراهيم الجراد
٣٧٩. حمد بن عبدالرزاق بن حمد الحسن الدوسري
٣٨٠. أنس بن صالح بن محمد الصواط
٣٨١. عبدالله بن مريع بن عبدالله العابسي القحطاني
٣٨٢. وائل بن بخيت بن فايز المدرع
٣٨٣. زهير بن عبدالله بن علي آل جابر القرني
٣٨٤. علي بن عبدالله بن سلطان دريبى مجرشي
٣٨٥. محمد بن مترك بن محمد المسردي القحطاني
٣٨٦. مازن بن عبدالوهاب بن حسن الشارخ
٣٨٧. أحمد بن عثمان بن أحمد البيراس الغامدي
٣٨٨.فيصل بن حمود بن مجلوب الهذال
٣٨٩. وليد بن عيد بن محمد السعيدي الظفيري
٣٩٠. مشاري بن حسين بن عادي الكريكر الديحاني
٣٩١.حسن بن مبارك بن حسن جواح الوادعي
٣٩٢. عبدالواحد بن يحيى بن محمد القحطاني
٣٩٣. يحيى بن عبدالواحد بن يحيى القحطاني
٣٩٤. ناصر بن عبدالله بن حسن علي آل هتان
٣٩٥.أحمد بن عبدالرحمن بن أحمد القصير
٣٩٦. علي بن براهيم بن محمد الملحم
٣٩٧. عبدالعزيز بن سليمان بن عبدالله المديفر
٣٩٨. علي بن فهد بن سعد الهديب
٣٩٩. سريع بن صالح بن سريع القعدان
٤٠٠. براهيم بن محمد بن صالح الدواس
٤٠١. سالم بن صالح بن غدير الغدير
٤٠٢. إبراهيم بن حمد بن محمد السكاكر
٤٠٣. صالح بن محمد بن عبدالله المحيميد
٤٠٤.مسفر بن سلطان بن حسين الزائعي الغامدي
٤٠٥.حسن بن أحمد بن حرجل الفصيلي
٤٠٦.ناصر بن سعيد بن معيض آل سعيد القحطاني
٤٠٧.عبدالرحمن بن إبراهيم بن محمد الرخيص
٤٠٨.صالح بنساير بن هجاد بني سالم الحربي
٤٠٩.عبدالله بن محمد بن خلف البجيدي العنزي
٤١٠.محمد بن مفرح بن سالم آل خلبان
٤١١.خالد بن أحمد بن محمد الاحمر
٤١٢. مروان بن سامي بن طالب المشقاب
٤١٣. حمد بن عوض بن محمد آل فريوالقحطاني
٤١٤. ناصر بن فاهد بن عبدالرحمن الحسيني الشهراني
٤١٥. أحمد بن فيصل بن سعيد الوهبي الحربي
٤١٦. عمر بن إبراهيم بن عثمان العمودي
٤١٧. حيان بن محمد بن عبدالعزيز الصغير
٤١٨. عبدالرحمن بن ناصر بن محمد السويدان
٤١٩. عمر بن عبدالعزيز بن أحمد العرفج
٤٢٠. هادي بن محمد بن راشد الجحشان آل سالم
٤٢١.محمد بن منصور بن منصور بهلول مدخلي
٤٢٢.حسن بن محمد بن عبدالله قاسمي
٤٢٣.نايف بن محمد بن عبدالله الربيعان
٤٢٤.خالد بن الأدهم بن سالم الدهمشي العنزي
٤٢٥.صالح بن شعيل بن صالح المغيري العتيبي
٤٢٦. ناصر بن محمد بن حمد البريص المري
٤٢٧. عبدالرحمن بن محمد بن راشد البوعلي
٤٢٨.حسين بن محمد بن حمد بن جلال آل سنان
٤٢٩.ناصر بن مهدي بن علي آل خمسان
٤٣٠.ابي بن عبدالمحسن بن علي الخنيزي
٤٣١.فهد بن سليمان بن فهد الغماس
٤٣٢.فهد بن أحمد بن فرج المزروعي
٤٣٣.فالح بن عبدالهادي بن ناصر كتاب القحطاني
٤٣٤.خلف بن محمد بن عتاق الفريدي الحربي
٤٣٥.نايف بن عبد الله بن محمد المحيميد

وثيقة صدرت منذ أكثر من مائة عام تشتمل على وكالة ومناقلة ومبايعة ووقف

هذه وثيقة كتبت بخط الشيخ عبدالله بن حسين المخضوب عام ١٢٩٨هـ قاضي الدلم بذلك الوقت عبارة عن وكالة من امرأة لزوجها، تليها مناقلة مذيلة بهذه الوكالة بين وكيل المرأة وهو زوجها وبين أخيها في التناقل بينهما كل يتنازل عن ملكه للآخر، مع إلتزام زوج المرأة بصفته وكيلها بوقف غلة في ملك موكلته بمقدار مدين ونصف، نصفها بر والنصف الآخر شعير، وقد دونها القاضي المذكور في ٢٨ ربيع الأول ١٢٩٨هـ، ثم أعاد كتابتها عبدالله بن عتيق عام ١٣٢٢هـ، ثم دون بظهر الوثيقة مبايعة جديدة من طرف ثالث يضاف على ملك الرجل بـ ٣٥ ريال واشترط البائع على المشتري في الغلة قيمة صاع بر وشعير مناصفة لإمام المسجد يؤديه المشتري كل سنة، وقد دون ذلك عبدالله بن عتيق عام ١٣٢٢هـ، ثم نقلها من أصلها عبدالعزيز بن عبدالرحمن بن دريهم في ١٣٩٣/٣/٢٥هـ، وصادق على المنقول الشيخ عبدالرحمن بن عبدالعزيز بن سحمان في ١٣٩٣/٣/٢٧هـ أبان توليه قضاء الدلم، وقد عين الشيخ الصيرامي قاضياً بالدلم وعموم الخرج عام ١٣١٥هـ، حيث جاء بعد الشيخ عبدالله بن حسين المخضوب، وتميز الصيرامي بأنه كان يقضي بين المتخاصمين في وقت وجيز، واستمر بالقضاء ثلاثون عاماً حتى توفي في النصف من شعبان عام ١٣٤٥هـ وله من العمر ٩٤ عاماً، وتولى قضاء الدلم بعد وفاته الشيخ عبدالرحمن بن عبدالله السالم عام ١٣٤٦هـ إلى أن توفي عام ١٣٤٩هـ، أما الشيخ ابن سحمان فعين قاضياً للدلم عام ١٣٩٢ ودام سبع سنوات حتى رقي قاضي تمييز عام ١٣٩٧هـ وتوفي في ١٤٣١/١٠/١٢هـ.

وتميزت هذه الوثيقة أنها مرت بمراحل اشتملت على الوكالة والمناقلة والبيع والوقف.

وتعاقب عليها عدد من القضاة والكتاب الثقات، غفر الله لهم.

نص الوثيقة:

(بسم الله الرحمن الرحيم وجدت ورقة متمزقة هذا نصها، بسم الله الرحمن الرحيم وجدت بخط الشيخ محمد بن محمود ما نصه شهد عندي أحمد بن غنيم أن شيخه بنت راشد بن صالح العسكر وكلت زوجها محمد بن دخيل الله يقبض نصيبها وينظر فيه بما فيه مصلحة وكالة بصفة. وأثبت الفقير إلى الله محمد بن محمود وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم سنة ١٢٩٨هـ.

تمته بقلم الشيخ عبدالله بن حسين مخضوب بيده رحمه الله تعالى ما لفظه حضر عندي محمد بن دخيل الله في حال وكالته عن شيخه بنت راشد بن صالح العسكر فناقل محمد بن راشد بن صالح العسكر في شيخه بجميع ما ورثته نخل أبيها المسمى بالجريف الكائن في العذار من بلد الدلم أرضه ونخله وبيره وقصره بجميع ما يخص محمد بن راشد من النخل المسمى بالشكباني الكائن في العذار أرضه ونخله وما يخصه من البير والقصر والسيل وألتزم محمد بن دخيل الله في النخل المذكور مدين ونصف وقفاً فيه كل سنة نصفها بر ونصفها شعير فبالمناقلة المذكورة صار الجريف المذكور من جميع حقوقه ملك لمحمد بن راشد وصار الشكباني مع حقوقه ملك لشيخه شهد على ذلك عثمان بن سعيد بن هليل ومحمد

بن حويطان وكاتبه شاهدا به عبدالله بن حسين المخضوب وصلى الله على محمد في ٢٨/ ١٢٩٨هـ، نقلت المذكور من أصله كما وجدته حرفا بحرف من غير زيادة ولا نقص وأنا الفقير إلى الله عبدالله بن عتيق سامحه الله تعالى وصلى الله على محمد وعلى آله وصحبه وسلم ١٣٢٢هـ وفي ظهر الورقة ما نصه الحمد لله وحده شهد عندي محمد بن صالح بن مبارك آل عسكر وحمد بن ناصر آل عسكر بأن علي بن عبيد آل عسكر باع على محمد بن راشد آل عسكر نصف جميع نخله المعروف في الجريف في العذار بجميع حقوقه وتوابعه بثمن عده خمس وثلاثون ريالاً وفي شهادتهما أن الثمن وصل بتمامه وكماله من محمد وبرأت منه ذمته وألتزم محمد في المبيع المذكور صاع عيش منصوف نصفه حب ونصفه شعير لإمام مسجد العذار يؤديه محمد كل سنة هذا ما شهد به المذكوران كتب شهادتهما الفقير إلى الله عبدالله بن عتيق وصلى الله محمد وعلى آله وصحبه وسلم ١٣٢٢هـ جميع ما في هذه الورقة خط عبدالله بن عتيق وهو ثابت قاله كاتبه عبدالعزيز بن صال الصيرامي سامحه الله وعفا عنه وصلى على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ١٣٢٢هـ الختم. نقلته من أصله كما وجدته وأنا الفقير إلى الله عبدالعزيز بن عبدالرحمن بن دريهم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم. حرر في عام ١٣٩٣هـ الحمد لله وحده أما بعد فقد قابلت هذا المنقول أعلاه بأصله الذي عليه ختم الشيخ عبدالعزيز بن صالح الصيرامي فإذا هو مطابق لأصله والناقل بما ذكر أعلاه عبدالعزيز بن دريهم ثقة قاله ممليه الفقير إلى الله عبدالرحمن بن عبدالعزيز بن سحمان سامحه الله تعالى وعفا عنه وكرمه وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم حرر في ١٣٩٣/٣/٢٧هـ) الختم.

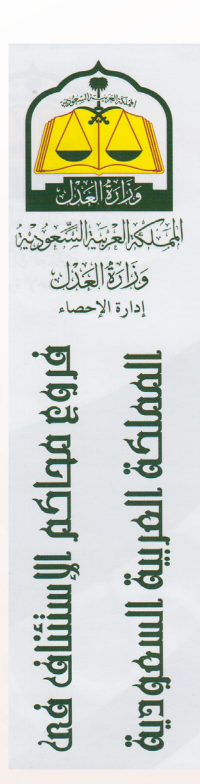


التقرير السنوي لمحاكم الاستئناف لعام ١٤٣٤هـ

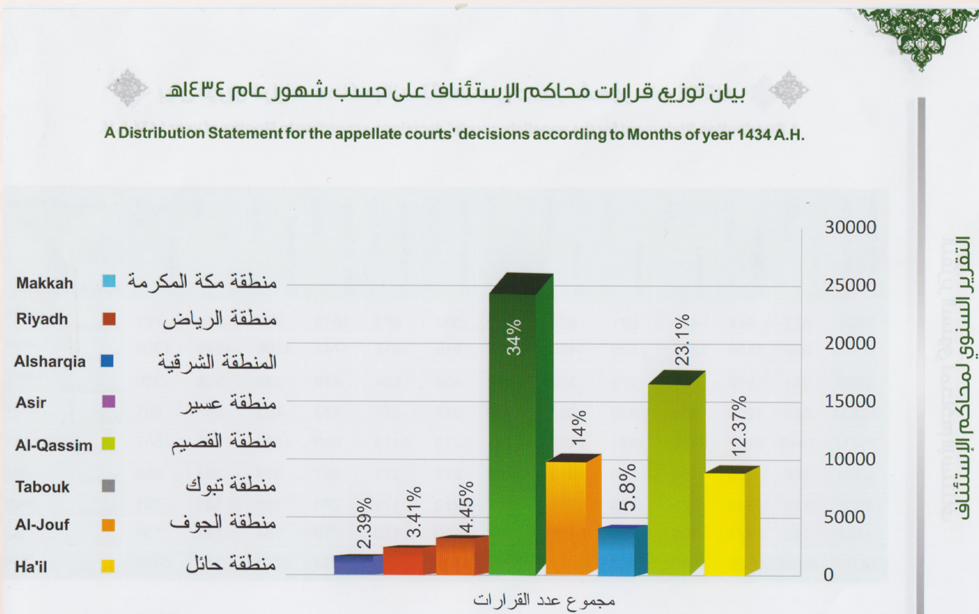
أصدرت إدارة الإحصاء بوزارة العدل التقرير السنوي لمحاكم الاستئناف لعام ١٤٣٤هـ/٢٠١٣م على مستوى المملكة العربية السعودية تضمن على بيانات مفصلة للأحكام التي تم النظر فيها وتم تميزها بالتصديق أو الملاحظة عليها أو النقض أو الالتماس، حيث بلغ مجمل ما تم تمييزه من أحكام لعام ١٤٣٤هـ (٧٤٧٦٩) قضية منها (٣٦٥٤) قضية تم تصديقها بنسبة ٤٩٪ و(٣٤٣٣٨) قضية تمت الملاحظة عليها بنسبة ٤٦٪ و(١٤٠٨) قضية تم نقضها بنسبة ٢٪ و(٢٣٨١) قضية التمس فيها بنسبة ٣٪.

وكما هو معروف أن محاكم الاستئناف تختص بإعادة النظر في القضايا المهمة التي تتعلق بتطبيق الحدود، كما تعيد النظر في القضايا التي لم تقنع أصحابها بالأحكام الصادرة فيها. وقد كانت أول أعمال التمييز أو الاستئناف تحت مظلة هيئة المراقبة القضائية، كانت لتمييز الأحكام وتدقيقها وضمان سلامتها من العوارض والنواقص، وقد عرفت هذه الهيئة بـ (هيئة التدقيقات القضائية) وبعد صدور نظام تركيز مسؤوليات القضاء الشرعي عام ١٣٧٢هـ أنيط عملها برئاسة القضاة وفي عام ١٣٨١هـ شكلت محكمة تحت مسمى (محكمة التمييز) لها تعليماتها المسماة (التعليمات القضائية والإدارية لتمييز الأحكام الشرعية) اعتمدت بالأمر السامي رقم ٢٠٣٢٠ في ١٣٨٠/١٠/٢٣هـ إلى أن صدرت لائحة تمييز الأحكام الشرعية بالأمر السامي رقم ٢٤٨٣٦ في ١٣٨٦/١٠/٢٩هـ. وفي عام ١٣٩٥هـ صدر نظام القضاء، حيث نصت المادة الخامسة منه على تكوين المحاكم الشرعية من المجلس الأعلى للقضاء ومحاكم التمييز والمحاكم العامة والمحاكم الجزئية.

وفي ١٤٣٠/٦/١٣هـ تم تغيير مسماها إلى محكمة الاستئناف تمشياً مع نظام المرافعات، وتتكون من عدة دوائر مختلفة. كالدوائر الجزائية الثلاثية والخماسية والحقوقية والأحوال الشخصية وتتولى القضايا الحقوقية والإنهائية والجنائية.


وزارة العدل
المملكة العربية السعودية
وزارة العدل
إدارة الإحصاء
فروع محاكم الإستئناف في
المملكة العربية السعودية


منطقة الجوف
منطقة تبوك
منطقة حائل
منطقة القصيم
منطقة المدينة المنورة
منطقة الرياض
المنطقة الشرقية
منطقة مكة المكرمة
منطقة عسير


بيان توزيع قرارات محاكم الإستئناف على حسب شهور عام ١٤٣٤هـ
A Distribution Statement for the appellate courts' decisions according to Months of year 1434 A.H.
Makkah منطقة مكة المكرمة
Riyadh منطقة الرياض
Alsharqia المنطقة الشرقية
Asir منطقة عسير
Al-Qassim منطقة القصيم
Tabouk منطقة تبوك
Al-Jouf منطقة الجوف
Ha'il منطقة حائل
30000
25000
20000
15000
10000
5000
0
2.39%
3.41%
4.45%
34%
14%
5.8%
23.1%
12.37%
مجموع عدد القرارات
التقرير السنوي لمحاكم الإستئناف





أنواع قرارات محاكم الإستئناف بالنسبة للدوائر الحقوقية

Kinds of the appellate courts' decisions For the Rights Circuits

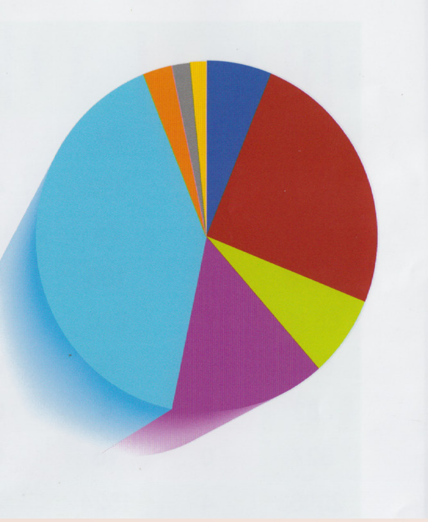
محاكم الإستئناف Appellate courts	The certified المصدق	noticeable الملاحظ	revocation النقض	Certified and revocation مصادقة ونقض	solicitation إلتماس	Rule حكم	total of the decisions مجموع عدد القرارات
الشرقية Alsharqia	561	603	25	1	94	3	1287
الرياض Riyadh	1408	3362	120	4	332	1	5227
القصيم Al-Qassim	501	944	49	1	75	0	1570
عسير Asir	1270	1683	20	0	105	0	3078
مكة المكرمة Makkah	2919	4593	138	1	880	0	8531
الجوف Al-Jouf	113	429	21	0	18	0	581
تبوك Tabouk	112	240	6	0	4	0	362
حائل Ha'il	144	164	3	0	16	0	327
المجموع The total	7028	12018	382	7	1524	4	20963



حجم قرارات محاكم الإستئناف بالنسبة للدوائر الحقوقية

Kinds of the appellate courts' decisions For the Rights Circuits



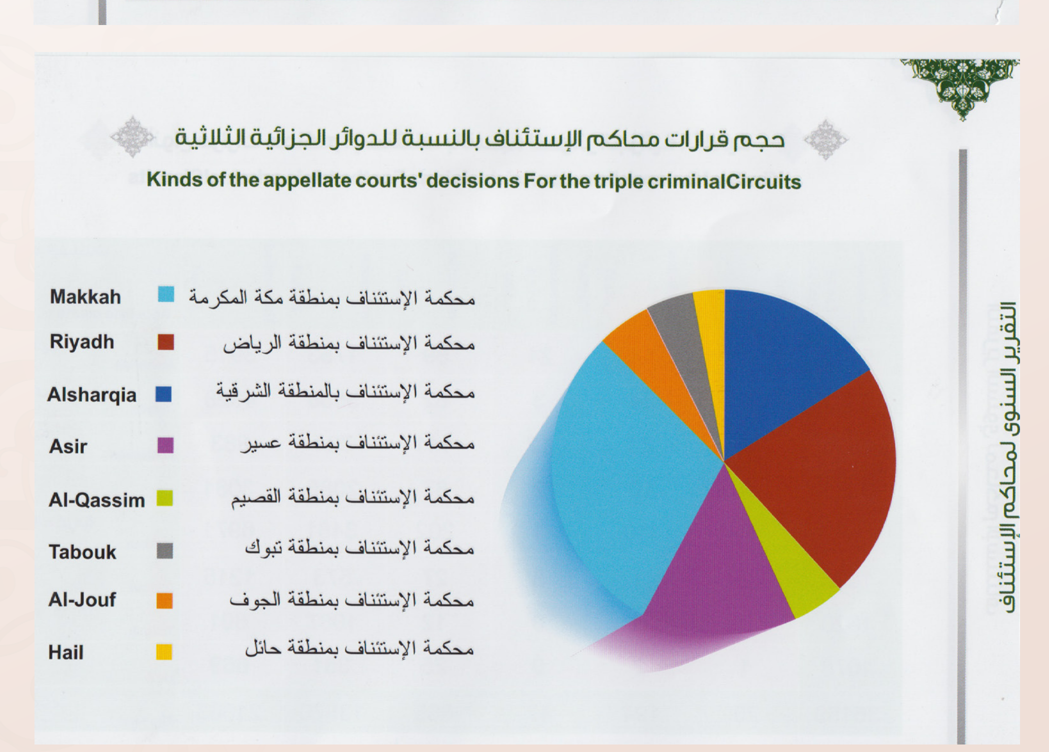


التقرير السنوي لمحاكم الإستئناف

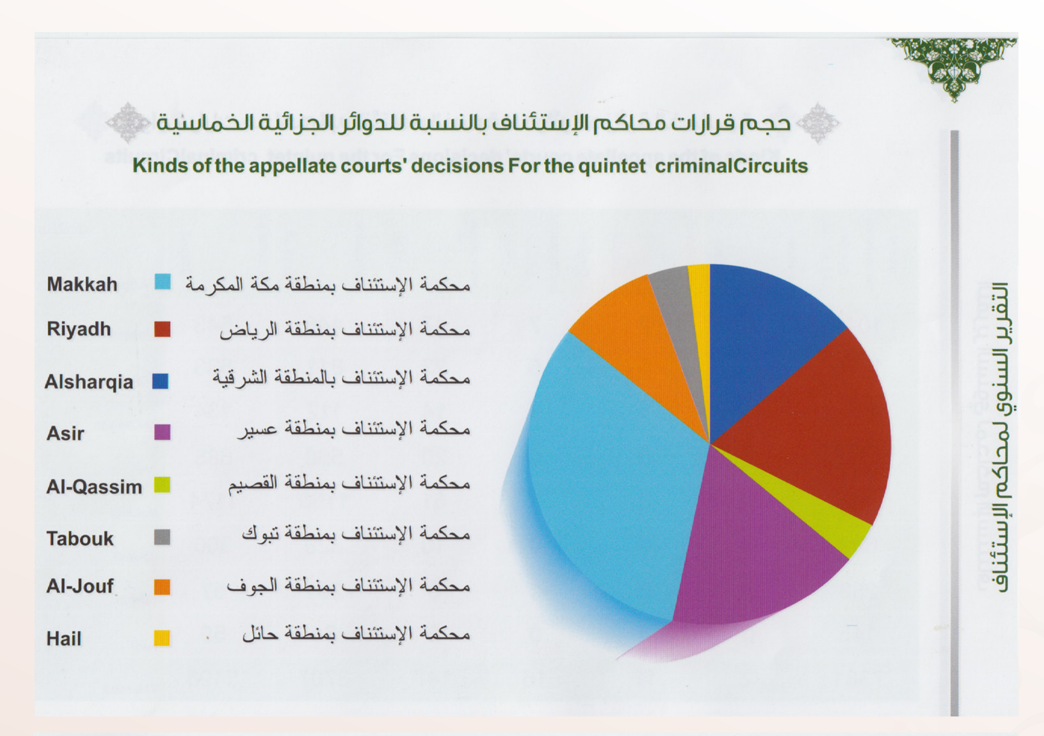
أنواع قرارات محاكم الإستئناف بالنسبة للدوائر الجزائية الخماسية

Kinds of the appellate courts' decisions For the quintet criminalCircuits

محاكم الإستئناف Appellate courts	المصدق The certified	الملاحظ noticeable	النقض revocation	مصادقة ونقض Certified and revocation	التماس solicitation	حكم Rule	مجموع عدد القرارات total of the decisions
الشرقية Alsharqia	543	446	17	7	2	0	1015
الرياض Riyadh	533	811	23	5	5	1	1378
القصيم Al-Qassim	134	112	14	3	1	1	265
عسير Asir	688	568	20	0	0	0	1276
مكة المكرمة Makkah	1174	1156	61	1	3	0	2395
الجوف Al-Jouf	300	329	10	0	0	0	639
تبوك Tabouk	67	201	0	0	0	0	268
حائل Ha'il	59	84	2	0	0	0	145
المجموع The total	3498	3707	147	16	11	2	7381









التقرير السنوي لمحاكم الإستئناف

أنواع قرارات محاكم الإستئناف بالنسبة لدوائر الأحوال الشخصية

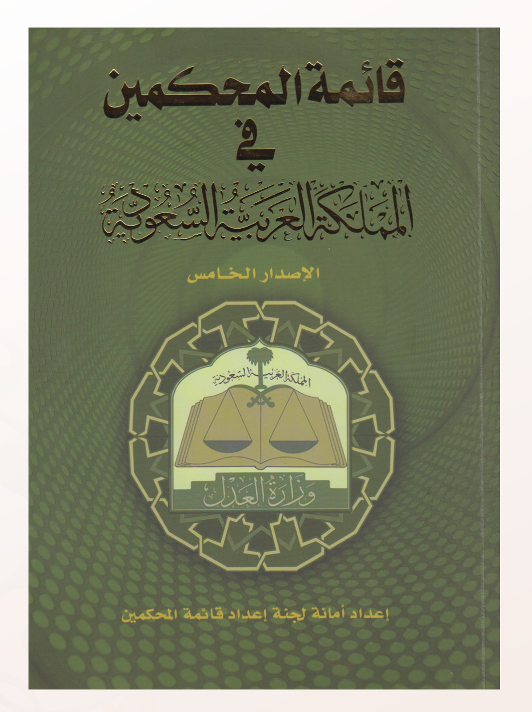
Kinds of the appellate courts' decisions For the Personal Status Circuits

total of the decisions مجموع عدد القرارات	Rule حكم	solicitation إلتماس	Certified and revocation مصادقة ونقض	revocation النقض	noticeable الملاحظ	The certified المصدق	محاكم الإستئناف Appellate courts
1426	1	44	1	46	868	466	الشرقية Alsharqia
2666	0	176	2	38	1173	1277	الرياض Riyadh
706	0	33	1	27	374	271	القصيم Al-Qassim
912	0	20	0	5	527	360	عسير Asir
3726	0	367	1	86	1592	1680	مكة المكرمة Makkah
290	0	5	0	7	152	126	الجوف Al-Jouf
303	0	5	0	0	209	89	تبوك Tabouk
237	0	2	0	5	148	82	حائل Ha'il
10266	1	652	5	214	5043	4351	المجموع The total

قائمة المحكمين في المملكة العربية السعودية

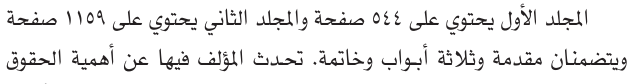
الإصدار الخامس

إعداد/أمانة لجنة إعداد قائمة المحكمين بوزارة العدل



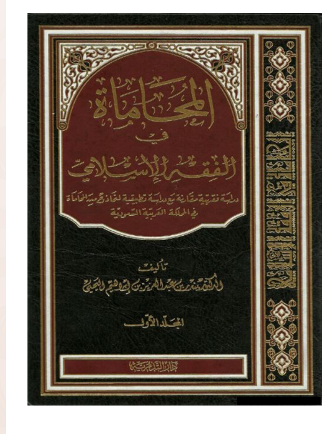
صدرت مؤخراً قائمة المحكمين في المملكة العربية السعودية الإصدار الخامس، حيث قام بإعدادها لجنة إعداد قائمة المحكمين بوزارة العدل، حيث اشتملت على ٣٩٤ محكماً، حيث حازت الجنسية السعودية على النسبة الغالبة، فقد بلغ عدد المحكمين ٣٧٠ محكماً ثم يليها الجنسية المصرية، حيث بلغت ١٤ محكماً، ثم الجنسية اليمنية ٤ محكمين، ثم السورية محكمان اثنان، ثم الفلسطينية محكم واحد والكويتية محكم واحد والكينية محكم واحد.

وقد اشتملت القائمة على ١٣٢ صفحة مقسم كل وجه إلى ثلاثة أجزاء لثلاثة محكمين كل جزء تضمن الاسم والجنسية ومجال التحكيم والمؤهل والعمل الحالي والعنوان البريدي والجوال والبريد الإلكتروني. حيث أعدت بعناية وترتيب ليسهل على المطلع الوصول للمحكم الذي يرغبه.



المحاماة في الفقه الإسلامي

تأليف: د. بندر بن عبدالعزيز اليحيى



دراسة فقهية مقارنة مع دراسة تطبيقية لنماذج من المحاماة في المملكة العربية السعودية الطبعة الأولى عام ١٤٢٨هـ، والناشر دار التدمرية بالرياض في مجلدين، تضم ثلاثة أبواب.

المجلد الأول يحتوي على ٥٤٤ صفحة والمجلد الثاني يحتوي على ١١٥٩ صفحة ويتضمنان مقدمة وثلاثة أبواب وخاتمة. تحدث المؤلف فيها عن أهمية الحقوق ومشروعية المحافظة عليها ولمحة تاريخية عن المحاماة ومشروعية المحاماة وأحكامها ووسائلها وحكم المحاماة (الوكالة على الخصومة) والتكييف الفقهي لعقد المحاماة وشروط ووسائل توكيل المحامي وأعمال المحاماة وأحكام المحامون ومسؤولية المحامي وانتهاء عقده ثم يتطرق إلى إيضاح نماذج من عقود المحاماة وعرض دراسة تطبيقية لتلك النماذج وتبعه بملاحق عن لوائح نظام المحاماة وخاتمة وفهارس للآيات والأحاديث والآثار والمصطلحات والألفاظ العربية والأعلام والمصادر والمراجع والموضوعات.

أمير منطقة الرياض يزور مشروع خادم الحرمين الشريفين لتطوير مرفق القضاء

رفع صاحب السمو الملكي الأمير تركي بن عبدالله بن عبدالعزيز أمير منطقة الرياض الشكر لخادم الحرمين الشريفين الملك عبدالله بن عبدالعزيز آل سعود وسمو ولي عهده الأمين وسمو ولي ولي العهد على الدعم الكبير الذي يلقاه مرفق في القضاء في المملكة ، مشيداً سموه بالتطور التقني الذي يشهده القطاع العدلي ، وإسهامته في سرعة إنجاز القضايا وتقليص فترة إصدار الأحكام .

وقال سموه في تصريح صحفي خلال زيارته مشروع خادم الحرمين الشريفين لتطوير مرفق القضاء « إن مشروع خادم الحرمين الشريفين القضائي إنجاز مبهر على الأصعدة العدلية كافة، وفخراً لكل مسلم يسرهُ تطبيق شرع الله ، فما رأيناه من أنظمة تقنية حديثة وفق معايير عالمية فُعلت في القضاء وأسهمت بتطويره بشكل عالي وسريع في إنجاز المعاملات القضائية » .

وأضاف سموه « إن هذا مشروع العدلي وضع له بصمة في جميع الأجهزة العدلية بالعالم وواجب الجهات الإعلامية إظهار هذا المنجز الإسلامي المشرف، الذي يحقق في عمله تعاليم ديننا الحنيف» وفي الختام قدم سموه شكره لمعالي وزير العدل والقائمين في المشروع، متمنياً لهم مزيداً من التوفيق.

وكان سمو الأمير تركي بن عبدالله قد زار يوم الاثنين ٦ ذو القعدة ١٤٣٥هـ مشروع خادم الحرمين الشريفين لتطوير مرفق القضاء ، حيث كان في استقباله معالي وزير العدل الشيخ الدكتور محمد بن عبدالكريم العيسى وعدد من المسؤولين. واستهل سموه جولته بزيارة مركز المعلومات ، حيث اطلع على عرضٍ مرئي عن ما يشهده مشروع الملك عبدالله لتطويرٍ مرفق القضاء من مشروعات مستحدثة شملت جميع مرافق العدالة .

تسهيلاً على المراجعين وإنهاء أعمالهم التوثيقية.. افتتاح ١٩ كتابة عدل في ٧ مناطق بالمملكة

وجه معالي وزير العدل الدكتور محمد بن عبدالكريم العيسى بإفتتاح (١٩) كتابة عدل جديدة في (٧) مناطق من المملكة شملت مكة المكرمة والمدينة المنورة وحائل وعسير وجازان ونجران والباحة .

وشملت كتابات العدل التي صدر التوجيه بافتتاحها محافظة المويه والعرضيات وأضم وبحرة والكامل ووادي الفرع وموقق والسليمي والبرك والريث وهروب وفيفا والعيداني والحرث وخباش والخرخير والحجرة وغامد الزناد وبني حسن.

يأتي افتتاح كتابات العدل لتزايد حجم الأعمال التوثيقية وتسهيلاً لأهالي كل منطقة لإنهاء إجراءاتهم وأعمالهم التوثيقية من الإفراغات والوكالات وغيرها من أعمال مما تقوم بها كتابات العدل .

ويبلغ عدد كتابات العدل التي تم افتتاحها خلال العام الماضي وهذا العام (٦٤) كتابة عدل في عدد من مناطق المملكة المختلفة شملت اغلب المحافظات والقرى بالمملكة.

يذكر أن توجيه معالي وزير العدل يقضي باعتماد وتنفيذ افتتاح هذه الكتابات بشكل عاجل وسريع حتى تتم الاستفادة منها .

ضمن مشروع الملك عبدالله لتطوير مرفق القضاء..
وزير العدل يفتتح منظومة المحاكم المتخصصة بالأحوال الشخصية

افتتح معالي وزير العدل الشيخ الدكتور محمد بن عبد الكريم العيسى يومَ الثُّلاثاء ٢٣ شوال ١٤٣٥هـ بمدينة الرياض منظومةَ المحاكم المُتخصِّصة والتي بدأت بانطلاق محاكم الأحوال الشخصية ومحاكم التنفيذ، تتلوها المحاكمُ التجارية والعمالية.

وأوضح خلال كلمته التي ألقاها في حفل الافتتاح أنَّ بدءَ العمل في هذه المحاكم يمثل نقطةَ تحول كبيرة في تفعيل النظام القضائي الحديث على إثر صدور نظامي المرافعات الشرعية والإجراءات الجزائية، ومن ثم استكمال الاستعدادات البشرية والإجرائية والإدارية في إطار الدعم الكبير الذي يتلقاه جهاز العدالة من مشروع خادم الحرمين الشريفين الملك عبد الله بن عبد العزيز لتطوير مرفق القضاء.

وأكد الدكتور العيسى على أن هذه الانطلاقة ستُسهم بمشيئة الله في تخفيف الأعباء القضائية على المحاكم العامة من خلال نقل العديد من اختصاصاتها وإسنادها إلى محاكم مستقلة، مشيراً إلى أن هذا التحول النوعي سينعكس كثيراً على تحقيق المزيد من قرب مواعيد الجلسات وسرعة إنهاء القضايا، فضلاً عن تركيز النظر القضائي في تخصص واحد.

ولفت معاليه إلى أن محكمة الأحوال الشخصية في الرياض بدأت فعلياً بتنفيذ خطة قضايا الجلسة الواحدة إلا ما يتطلب النظر القضائي المزيدَ من فحصه واستطلاعه، وأن هذه الفكرة سيتم تعميمها على بقية المحاكم تباعاً.

خلال تدشينه ٣٦مؤشراً جديداً للتداول العقاري..
وزير العدل: المؤشرات ستجعل التداول العقاري على محك شفافية المعلومات

دشن معالي وزير العدل الشيخ الدكتور محمد بن عبدالكريم العيسى صباح يوم الثلاثاء ٩ رمضان ١٤٣٥هـ بمقر مشروع خادم الحرمين الشريفين الملك عبد الله بن عبد العزيز لتطوير مرفق القضاء(٣٦) مؤشراً جديداً للتداول العقاري، يشمل معلومات متكاملة للأسعار في المناطق والمدن والأحياء.

وأوضح معاليه أنه بحكم قاعدة المعلومات التي تمتلكها وزارة العدل حول إحصاءات التداول العقاري فإنها ستجعل كافة محتوياتها في متناول الجميع بكل دقة وشفافية، مشيرة إلى أنها لن تتناول تفصيلات تحليلاتها أو التعليق عليها لعدم اختصاص الوزارة بذلك.

وأشارت وحدة المؤشرات في مشروع خادم الحرمين الشريفين لتطوير مرفق القضاء الى أن خدمة المؤشرات العقارية ستوفر أسعار بيع حقيقة تفصيلية للعقار يسترشد بها المواطنون وجهات الاستثمار العقاري في بناء قراراتهم وتعاملاتهم واستثماراتهم وتحليلاتهم العقارية ويوفر أدوات مهنية للمقيمين والمثمنين العقاريين يستطيعون من خلالها استخدام طرق المقارنة بعقارات مشابهة، وتوفير معلومات تفصيلية للجهات المعنية عن متابعة التضخم في قطاع العقار أو معالجة الركود في النشاط العقاري، وتحقيق الشفافية في توفير المعلومات الاقتصادية للنشاط العقاري كما هو معمول به في كثير من الدول المتقدمة، والقضاء على الشائعات والمعلومات التي لا تستند على مصدر رسمي وحقيقي، مع التأكيد إلى أن الوصول إلى هذه التفاصيل بالتحاليل والاستنتاجات ليست من اختصاص الوزارة وسيكون الجميع بهذه المؤشرات أمام محك الشفافية التامة حول معلومات التداول العقاري.

لأصحاب الفضيلة القضاة..
وزارة العدل تنظم ست ورش عمل بابها والرياض

نظمت وزارة العدل ممثلة بالإدارة العامة لتدريب القضاة ست ورش عمل لأصحاب الفضيلة بابها والرياض .

ففي مدينة ابها تناولت ورشة عمل (هيئات حقوق الإنسان) والتي قدمها عضو هيئة حقوق الإنسان الدكتور مفلح بن ربيعان القحطاني مفهوم حقوق الإنسان في الفقه الإسلامي والتصوير الغربي والميثاق العالمي لحقوق الإنسان في الشريعة ومواثيق واتفاقيات وحقوق الإنسان وحقوق الإنسان في المملكة العربية السعودية أو مؤسسات حقوق الإنسان في المملكة العربية السعودية والاعتبار القضائي لحقوق الإنسان .

كما تناولت ورشة عمل (غسيل الأموال) والتي قدمها عضو هيئة التدريس كلية الملك فهد الأمنية الدكتور محمد بن علي القحطاني مخاطر وآثار غسل الأموال ودور الجهات الرقابية والإشرافية في مراقبة غسيل الأموال والجهود الدولية في مكافحة غسل الأموال وسلطة قاضي التقديرية في تحديد عقوبة غسيل الأموال ، والأموال الناتجة عن غسيل الأموال لصالح دول أخرى والمحاكم المختصة بالفصل في جريمة غسيل الأموال .

فيما تناولت ورشة عمل (القراءة السريعة والتلخيص) والتي قدمها المدرب اشرف غريب معدل سرعة القراءة والفرق بين التلخيص والاختصار ومهارات الحفظ والتذكر وتطبيق عملي على قراءة الصكوك ومحاضر التحقيق .

وتناولت ورشة عمل (القيادة الفعالة) والتي قدمها المدرب محمد سلامة الزيود مقدمة في القيادة الفعالة (ماهية القيادة والقائد والمرؤوس و القيادة) وخصائص القادة الفعالين وأساليب القيادة والدعم الوظيفي وبناء فرق العمل وقيادة فريق من القادة وتحديد الأولويات واتخاذ القرار .

الإفصاح عن الأموال والحجز عليها لخدمة تنفيذ الأحكام آلياً

أعلنت وزارة العدل عن بدء التنسيق بين وزارة العدل ومؤسسة النقد العربي السعودي في مشروع الربط الإلكتروني.

وهذا المشروع التنسيقي الذي سيبدأ فعلياً مطلع شهر ذي القعدة بإذن الله يهدف إلى الإفصاح والحجز والتنفيذ على أموال المنفذ ضدهم وفقاً لأحكام نظام التنفيذ ولوائحه التنفيذية

يشار إلى أن دوائر التنفيذ تستغرق وقتاً وجهداً في موضوع المكاتبات مما يؤخر ويعيق إيصال الحقوق إلى ذويها ولهذا سعت الوزارة لإيجاد الربط الإلكتروني من أجل سرعة إيصال الحقوق وخاصة فيما يتعلق بقضايا الأحوال الشخصية التي تستهدف نفقة المرأة وأطفالها وغيرها مما له شأن بالأحوال الشخصية.

وأفاد المتحدث الرسمي للوزارة فهد البكران أن فريق إداري وآخر فني من الجانبين عمل على تحضير وتوفير أدوات عمليات الربط الإلكتروني بين الجهتين من أجل تنفيذ الأحكام واجبة النفاذ في القضايا الحقوقية أو قضايا النفقة للمطلقة أو إعالة لأبناء المطلقة أو أي أموال تحصر وللآخرين حق فيها.

ووصف البكران الربط بأنه سيُحدث نقلة نوعية في تعزيز زيادة سرعة تنفيذ الأحكام القضائية وإحكام السيطرة على أي أسلوب من أساليب المماطلة وأنه سيزيد من قوة أدوات وزارة العدل في التنفيذ والتي شكل تفعيلها القوي سابقاً حدثاً غير مسبوق كرس مفهوم مهابة القضاء واحترام أحكامه .

إنشاء (الإدارة العامة للموثقين)

أصدر معالي وزير العدل قراراً برقم ٦٨٨٦٣ وتاريخ ١٤٣٥/١٠/٢١هـ يقضي بإنشاء الإدارة العامة للموثقين تتبع وكالة الوزارة لشؤون التوثيق. وقد جرى تعميم معاليه على كافة الجهات التابعة للوزارة برقم ١٣/ت/٥٥٠٠ في ١٤٣٥/١٠/٢٩هـ وإليكم نص التعميم:

«قرار رقم (٦٨٨٦٣) وتاريخ ١٤٣٥/١٠/٢١هـ

إشارة إلى القرار رقم (٦٦٥٤) وتاريخ ١٤٣٥/١٠/٧هـ القاضي بالموافقة على مشروع لائحة الموثقين وأعمالهم وإشارة إلى محضر اللجنة رقم (٣٥/٢٩٠٢٨٣٠) في ١٤٣٥/١٠/١٧هـ المشكلة بالفقرة (ثانياً من القرار المشار إليه لإعداد خطة تنفيذية لتطبيق اللائحة.

وطبقاً لما ذكر يقرر ما يلي:

أولاً: إنشاء إدارة بوكالة الوزارة لشؤون التوثيق بمسمى «الإدارة العامة للموثقين».

ثانياً: تكون مهام الإدارة على النحو التالي:

١-إشعار المتقدمين الذين تمت الموافقة على طلباتهم، ودعوتهم لاستكمال تحديد العنوان الدائم المنصوص عليه في المادة (السادسة) من اللائحة من خلال النموذج المعد لذلك في بوابة الوزارة الإلكترونية.

٢-إعداد نموذج رخصة التوثيق وطباعتها للطلبات للكتلة وتسليمها أو إرسالها للمرخص لهم بعد استكمال إجراءاتها.

٣-إعداد مواصفات مطبوعات وأختام الموثقين واستلام نماذجها من الموثقين مع نماذج تواقيعهم.

٤-إعداد الحقيبة التدريبية للدورة المتخصصة المشار إليها في المادة (الثالثة) من اللائحة بالتنسيق مع إدارة التدريب والإبتعاث.

٥-إعداد الاختبار التحريري لكل دورة تدريبية المنصوص عليها في المادة (الثالثة) ورفع نتائجها لفضيلة وكيل الوزارة لشؤون التوثيق لاعتمادها.

ثالثاً: يبلغ هذا القرار لمن يلزم لاعتماده والعمل بموجبه.

والله الموفق

وزير العدل

محمد بن عبدالكريم العيسى

إثبات نسب أطفال أنجبوا قبل إتمام عقد الزواج

أصدر معالي وزير العدل تعميماً قضائياً برقم ١٣/ت/٥٤٩٢ وتاريخ ١٤٣٥/١٠/٢٥هـ يقضي أن إثبات نسب الأطفال الذين أنجبوا قبل إتمام عقد الزواج من اختصاص النظر القضائي يحل على حسب ظروفه، وإليكم نص التعميم:

«فقد ورد للوزارة كتاب معالي رئيس المحكمة العليا رقم ٣٥/٢٧٤٨٧٥٠ في ١٤٣٥/٩/١٩هـ بشأن دراسة إثبات نسب أطفال أنجبوا قبل إتمام عقد الزواج إلى آبائهم، وأن المحكمة العليا بهيئتها العامة قامت بدراسة هذا الموضوع، وأصدرت بشأنه القرار رقم (١٢/م) في ١٤٣٥/٥/١٠هـ (المرفق صورته) المتضمن أن الهيئة العامة للمحكمة العليا قررت بقاء الأمر في هذا للنظر القضائي، للحكم في كل قضية حسب ظروفها وملابستها.

لذا نرغب إليكم الاطلاع واعتماد موجبه.

والله يحفظكم.

وزير العدل

محمد بن عبدالكريم العيسى



مهام أمناء ومدراء المحاكم وصلاحيتهم

أصدر معالي وزير العدل تعميماً إدارياً برقم ١٣/ت/٥٥٠١ وتاريخ ١٤٣٥/١١/١هـ يقضي باعتماد الصلاحيات الممنوحة لأمناء ومدراء المحاكم، وإليكم نص التعميم:

«بناءاً على الصلاحيات الممنوحة لنا نظاماً:

وبناءً على ما تقتضيه مصلحة العمل في تنظيم مهام ومسؤوليات العمل وإشارة إلى قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم ٣٤/٣/٤٧٤ وتاريخ ١٤٣٤/٨/٢٤هـ والمتضمن الموافقة على الدراسة المتعلقة بالدوائر القضائية الشاغرة في محاكم الدرجة الأولى بالصيغة المرافقة لهذا القرار وبعد الاطلاع على الفقرة (٥) من هذا المحضر (النظر في تخفيف الأعباء الإدارية التي يقوم بها القاضي حيث يُلحظ انشغال القضاة بأعمال إدارية تستهلك جزءاً كبيراً من الوقت) وبناءاً على ما تقتضيه المصلحة العامة يقرر الآتي:

أولاً: التأكيد على أمناء المحاكم ومدراء الإدارات بالمحاكم وكتابات العدل بتنفيذ المهام والواجبات والمسؤوليات الموكلة لهم الواردة في نظام القضاء وفي نظام الخدمة المدنية وفي دليل تصنيف الوظائف والتعليمات والتعاميم المكملة لها ويكون خاضعاً لرقابة رئيس الجهة.

ثانياً: يقوم من تم تكليفه بالمهام والمسؤوليات الآتية:

❖ الإشراف على أعمال الشؤون الإدارية والمالية في الجهة تحت إشراف ومتابعة من رئيس الجهة ويدخل في ذلك ما يلي:

١-اعتماد ورفع التقارير والإحصائيات الدورية والسنوية إلى الوزارة.

٢-الإشراف على عمليات النظافة وصيانة المبنى وإعداد واعتماد شهادات الأداء لمقاولي الصيانة ورفعها لفرع الوزارة في اليوم الأول من بداية كل شهر ميلادي.

٣-الإشراف المباشر على وسائل النقل الخاصة بالجهة من حيث استلامها واستخدامها بعهدة المستفيد منها وأيضاً صيانتها وإرسالها لفرع الوزارة عند الحاجة لذلك ونقل عهد السيارات وتغيير أسماء مستخدميها والتفويض المؤقت لقيادة سيارات الجهة عبر برنامج (تم).

٤-تنظيم عمل الحراسات الأمنية داخل الجهة حسب حاجتها.

٥-التنسيق مع فرع الوزارة في إصلاح وصيانة ما قد يتعطل من الأجهزة الأمنية وغيرها، أو تأخر المقاول ليتم تعميد أحد المؤسسات في المدينة التي تقع بها الجهة للحالات التي لا تتحمل التأخير.

٦-حصر احتياجات الجهة من المعدات والأثاث والقرطاسية وغيرها وطلب توفيره من فرع الوزارة.

٧-إبلاغ التعاميم الواردة للجهة ومتابعة تنفيذها.

❖ الإشراف على الموظفين بصفة الرئيس المباشر ويدخل في ذلك ما يلي:

١-إصدار الإجازات الاضطرارية.

٢-تنسيق الإجازات العادية لمنسوبي الجهة.

٣-توزيع وتكليف الموظفين والعمال والمستخدمين وغيرهم على ضوء الاحتياجات الفعلية.

٤-إصدار التعاريف المتعلقة بإثبات عمل الموظف لدى الجهة وأما التعريف بالراتب من قبل فرع الوزارة.

٥-متابعة دوام الموظفين والرفع بخلاصة الغياب أولاً بأول وإبلاغ فرع الوزارة في حال انقطاع الموظف عن العمل مدة (١٥) يوماً متصلة ليتم إيقاف الراتب والرفع بشأنه للوزارة.

٦-إبلاغ الدورات التدريبية للعاملين ورفع

المرشحين للتدريب بما يحقق الفائدة والعدالة للجميع.

٧-إعداد تقويم الأداء لموظفي الجهة.

❖ التقيد بما ورد في التعميم رقم ١٣/ت/١٥٨٦ في ١٤٢١/٧/٦هـ بمنح مدراء الإدارات بالمحاكم الإفرادية التي لا يوجد فيها قاض على رأس العمل والتعميم الإلحاقي رقم ١٣/ت/٢٤٦٧ في ١٤٢٥/٦/٤هـ بأن ذلك شامل لكتابات العدل، صلاحية مخاطبة الوزارة وفروعها في الأمور الإدارية والمالية والإشراف على الجهاز الإداري في المحكمة.

❖ أي أعمال أخرى في مجال الاختصاص.

ثالثاً: في حالة عدم تواجد مدير الإدارة أو أمين عام المحكمة لسبب نظامي مؤقت كالإجازات أو التدريب ونحوه فعلى رئيس الجهة أن يكلف أحد منسوبي المحكمة ليقوم بعمله فترة غيابه حسب التعليمات المنظمة لهذا الاختيار.

رابعاً: يبلغ هذا التعميم لمن يلزم لإنفاذه.

وزير العدل

محمد بن عبدالكريم العيسى

الاتصال مع الممثليات الأجنبية في المملكة عبر وزارة الخارجية

أصدر معالي وزير العدل تعميماً قضائياً برقم ١٣/ت/٥٤٧٨ وتاريخ ١٤٣٥/١٠/٢١هـ يقضي بضرورة التقيد عند الاتصال بالممثليات الأجنبية والهيئات والمنظمات الدولية بالداخل والخارج عن وزارة الخارجية، وإليكم نص التعميم:

«إشارة إلى تعميم الوزارة رقم ١٣/ت/٥٢١٥ في ١٤٣٥/٢/١٦هـ المبني على الأمر السامي رقم ٢٩٣٥ في ١٤٣٥/١/٢٢هـ بشأن التأكيد على أن تكون جميع اتصالات الوزارة والمصالح الحكومية مع الممثليات الأجنبية في المملكة والهيئات والمنظمات الدولية في الخارج عبر وزارة الخارجية فقط، وأن يتم تزويدها بإيجاز عما يتم خلال اللقاءات مع ممثلي هذه الممثليات والمنظمات.

فقد تلقينا نسخة من الأمر السامي البرقي التعميم رقم ٤٠٥٣٦ في ١٤٣٥/١٠/١هـ الموجه إلى صاحب السمو الملكي ولي العهد نائب رئيس مجلس الوزراء وزير الدفاع ونصه: (نشير إلى الأمر التعميمي رقم ٢٩٣٥ وتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢هـ القاضي بالتأكيد على جميع الوزارات والمصالح الحكومية المختلفة بالتقيد في أن تكون جميع اتصالاتها مع الممثليات الأجنبية في المملكة والهيئات والمنظمات الدولية في الخارج عبر وزارة الخارجية فقط.

وحيث اطلعنا على برقية سمو وزير الخارجية رقم ٢٦٢٨٦٩/٤/٩ وتاريخ ١٤٣٥/٩/١٧هـ المتضمنة طلب سموه التأكيد على الجهات الحكومية أن تكون اتصالاتهم عن طريق وزارة الخارجية وفقاً للتوجيهات بهذا الخصوص.

نرغب مراعاة ذلك والتقيد بمقتضاه، وقد تم تزويد كافة الوزارات والمصالح الحكومية بنسخة من أمرنا هذا للاعتماد.. فأكملوا ما يلزم بموجبه) ا.هـ.

لذا نرغب إليكم الاطلاع واعتماد موجبه. والله يحفظكم.

وزير العدل

محمد بن عبدالكريم العيسى



مجلتكم جاذبة من حيث المعنى والشكل والمضمون

معالي رئيس التحرير

بكل إعجاب وتقدير وقفت على شكل وتبويب مجلة العدل واطلعت على موضوعاتها القيمة. وقد سرني جداً حسن اختيارها، حيث إنها جاءت ملبية لحاجة المشتغلين في المجال العدلي والدراسات الشرعية والقانونية.

ويلمس القارئ أن أكثر موضوعات المجلة مشرقة ونافعة وناضجة وجاذبة من حيث المعنى والشكل والمضمون.

وبذلك فإن المجلة تدخل في ثوب من الجمال المعنوي المحكم. أتمنى لهذه المجلة القيمة مزيداً من الانتشار والاستمرار بهذا المستوى السامق الرفيع. وجزى الله القائمين عليها خير الجزاء مع خالص تقديري وامتناني.

أستاذ القانون بقسم الأنظمة بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة القصيم

أ.د. عبدالإله عبداللطيف محمد حامد

أشكر لكم هذا الإنجاز

معالي رئيس التحرير

أشكر لكم هذا الإنجاز والعمل الذي يبِّصر الناس بأحكام الشريعة وتنوع الأحكام الشرعية حسب حالتها ووقتها ومكانتها.

بارك الله في جهودكم ونفع بكم، وجزاكم الله خيراً.

حمزة بن محمد بن عبده الشوكاني

ضابط مهندس- جدة

صاحبة السبق في حمل اسم الوزارة

معالي رئيس التحرير

أرفع لكم شكري وتقديري على ما تبذلونه من جهود في صدور مجلة العدل الموقرة، فكم كنت مسروراً لأن هذه المجلة تحمل اسم الوزارة ولها السبق في كثير من المساهمة في التطوير ورفع الوعي القضائي خاصة والعدلي بصفة عامة. ونشر كثير من الأنظمة والتي يعتبرها الجميع مرجعاً علمياً وشرعياً لما تحتوي عليه من مادة متخصصة تبحث في الحوادث والمستجدات.

كتب الله ذلك في موازين أعمالكم أنتم وجميع العاملين معكم. وتقبلوا أخلص التحايا وأجمل التقدير.

الموظف بالمحكمة العامة بأبها

أحمد بن سعيد محيي العلكي

شكر وتقدير للعاملين في المجلة

معالي رئيس التحرير

أتقدم لكم معرباً فيه عن جزيل شكري وتقديري لكم وللعاملين معكم على ما تبذلونه من جهود في إصدار مجلة العدل.

سائلاً المولى سبحانه أن يجعل ذلك في ميزان حسناتكم، ولكم مني جزيل الشكر والعرفان والله يحفظكم ويرعاكم.

الملازم القضائي بالمحكمة الإدارية بأبها

عبدالله بن علي بن عبدالله عسيري



طلب إدراج

❖ الشيخ عبدالعزيز بن مـرزوق بـن هليل النفيعي كـاتب الـعـدل بكتابة الـعـدل الأولـى بالطائف، الشيخ عبدالرحمن بن عيد بن صالح اليحيى القاضي بالمحكمة العامة بجدة، الشيخ محمد بن عبدالله أبو حيمد كاتب العدل بكتابة عدل الخرج، الشيخ ياسر بن سعد الأسمري كاتب عدل بكتابة عدل الثانية بمكة المكرمة، الشيخ صالح بن علي بن عبدالرحمن الشريف القاضي بالمحكمة الجزائية بخميس مشيط، عبدالله بن هليل بن حمد الجباب، المحكمة العامة بالقريات، نائب المدير العام لمؤسسة الملك عبدالعزيز آل سعود للدراسات الإسلامية والعلوم الإنسانية بالدار البيضاء – المغرب.

– جـرى إدراج أسمائكم ضمن من تهدى إليهم المجلة، مقدرين اهتمامكم على اقتناء المجلة والتواصل معنا وشكراً.

تعديل عنوان

❖ الشيخ أحمد بن إبراهيم بن عيسى العود رئيس المحكمة العامة بتربة، الباحث الشرعي عبدالفتاح الحسيني ناصر خواجي كتابة العدل الثانية بجازان، الشيخ أحمد بن عبدالباقي المسلم قاضي الحجز والتنفيذ بالمحكمة العامة بالدمام؛ الشيخ أحمد بن محمد صلوي كاتب عدل الطوال، الشيخ أحمد بن محمود دخيل الله الأزوري قاضي بمحكمة الاستئناف بمكة المكرمة، الشيخ فارس بن نايف الحربي كتابة العدل الثانية بالمدينة المنورة، الشيخ عماد بن مطير العربيدي كتابة عدل رابع، أحمد بن محمد الوصياني المحكمة الجزائية بالمدينة المنورة، إسحاق بن إبراهيم الحصين الجامعة الإسلامية. الشيخ عماد بن أحمد العطيف القاضي بالمحكمة الجزائية بجازان، الشيخ عبدالله بن سعد الصالح القاضي بمحكمة الاستئناف بعسير، الشيخ بدر بن علي بن ربيع السويلم كاتب عدل بكتابة عدل عقلة الصقور، الشيخ مشعل بن يوسف بن أحمد الوشيل القاضي بالمحكمة العامة بالرياض.

–جـرى تعديل عناوينكم وسـوف تصلكم المجلة على العنوان الجديد أسأل الله أن ينفع بها، وشكراً على الحرص بالتواصل مع المجلة تباعاً راجين من الجميع سرعة تجديد عناوينهم كي لا يفقدوا متابعتها.

طلب أعداد

❖ عاطف محمد علي، الشركة السودانية للخدمات البريدية المحدودة، الخرطوم، السودان، أ.د. العربي أحمد بلحاج كلية الحقوق، جامعة الملك عبدالعزيز بجدة، عمر بن عبدالعزيز الزنبقي طالب الدراسات القضائية بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، الشيخ إبراهيم بن أحمد الجنوبي المحكمة العليا قسم الدراسات بالأمانة العامة، عمر عازمي جداوي، المحامي خالد بن محمد خليل قاضي، د. حسين بن عبدالعزيز شافعي القائم بعمل عميد شؤون المكتبات بجامعة أم القرى بمكة.

– تم تزويدكم بالأعداد المطلوبة حسب الإمكانات المتاحة، نسأل الله لكم الفائدة وشكراً.

ردود سريعة

❖ **الدكتور/ سامي محمد نمر أبو عرجة، أستاذ الفقه المقارن المشارك، جامعة الأزهر، غزة – فلسطين.**

-يسرنا استقبال بحث (الجناية على ما دون النفس عمداً في الفقه الإسلامي) لإجراء التحكيم عليه ليتم نشره في حال تحقيق أهداف المجلة وشروط النشر، شكراً لكم.

❖ **المحامي سعد غرم الله الغامدي، الرياض.**

- إذا صدرت رخصة المحاماة وأصبحت سارية المفعول ولديك صندوق بريد مسجل في إدارة المحاماة فستصلك المجلة إهداءً من الوزارة وذلك حسب التوجيهات ، بالتوفيق.

❖ **نبيل بن أحمد الجميني – الدمام.**

-للحصول على المجلة يمكنك عن طريق الاشتراك لكل عدد ٢٥ ريالاً للأفراد و٥٠ ريالاً للمؤسسات وتتضاعف بتضاعف الأعداد والمدة الزمنية وتحرير بطاقة الاشتراك المرفقة بالعدد بشيك مصدق باسم الإدارة المالية بوزارة العدل، اشتراك مجلة العدل، وتبعث إلى رئيس التحرير على العنوان: وزارة العدل ص.ب ٧٧٧٥ الرياض ١١٤٧٢ فضيلة رئيس تحرير مجلة العدل.

❖ **الشيخ عبدالله بن عبدالعزيز السلامة رئيس كتابة عدل الرس.**

-نشكرك على إعادة الأعداد الخاصة بالشيخ سليمان بن صالح اليوسف والشيخ عبدالله بن عوض الحربي نظراً لانتقالهما، نتمنى أن يحذو الجميع حذوك، لك تحياتنا.

❖ **الشيخ عليان العمري القائم بعمل كتابة العدل الأولى بالمدينة المنورة.**

-نقدر لك إبلاغنا بمن تم نقله أو تقاعده عن كتابة العدل طرفكم. خطوة موفقة نأمل أن يحذا حذوك في المحاكم وكتابات العدل لتصل المجلة لعنوان مستحقيها، شكراً لكم.

❖ **عمار بخاري، مكة المكرمة، الخالدية.**

- نقدر اهتمامك باقتناء المجلة ونفيدك أن المجلة متواجدة في المكتبات العامة ومراكز التسوق، لك تحياتنا.

❖ **عبدالرحمن رجاء المويشير عضو هيئة التحقيق والإدعاء العام، سكاكا – الجوف.**

-يمكنك التواصل مع مكتب معالي الوزير بشأن طلب الحصول على التصنيف الموضوعي للتعاميم وكتاب كشاف القناع، لك تحياتنا.



كلمة مدير التحرير

الهمَّة والوصول إلى القمَّة

"مجلة العدل" مجلة علمية محكمة تعني بشؤون الفقه والقضاء وتصدر ست مرات في السنة، وتحظى باهتمام بالغ من معالي وزير العدل ومعالي وكيل الوزارة وكافة منسوبي العدل، لقد مرّ عليها ١٦ عاماً، نشر فيها أكثر من ٤٠٠ بحث علمي في مجال الفقه والقضاء والأنظمة والدراسات القضائية والقانونية المقارنة، كما نشر فيها أكثر من ٤٠ نظاماً ولائحة تنفيذية واتفاقيات دولية قضائية، ولها موقع على الشبكة الإلكترونية (الإنترنت) متاح للجميع، وقد شملها مشروع المسح الوطني لمؤشر العلوم والتقنية والابتكار لما تحظى به من مكانة علمية راسخة، إضافة إلى تمتعها بأهمية بالغة لمرفق القضاء وإثرائه بالبحوث والمعلومات وتطوير صيغ الأحكام والإثباتات والتوثيق، وأساليب إجراءات القضاء ضمن المشروع التطويري للقضاء في مسار التوعية والتثقيف، مما جعلها تستعين بجهات إعلامية متخصصة في مجال الإعلام الشرعي لتطوير أدائها، تزامناً مع تفاعل أصحاب الفضيلة القضاة وأساتذة الجامعات والباحثين في الإسهام في إثراء المشاركة الفاعلة لنجاح مسيرة المجلة وخدمة لمرفق القضاء والتوثيق، لتكون قناة بحث علمية رائدة، ورافداً من روافد الدراسات الشرعية، وإثراء وتنشيط الاجتهادات الفقهية والقضائية تأصيلاً وتحقيقاً، كل ذلك جعلها خير سفير طافت أصقاع المعمورة، إنها الهمَّة التي استطاعت بتضافر الجهود تصل إلى أعلى درجات القمَّة، وتتربع على هرم أقرانها من المجلات المتخصصة. وبالله التوفيق.

محمد راشد الدبيان

he/she dispenses with care and can depend on himself/herself. They estimate the age of distinction at seven for the male child. As for the female child, the mother and grandmother can maintain custody over her until she reaches puberty. After puberty, the right of custody moves to the father as she needs someone capable of protecting her. The age of puberty of the female child is estimated at nine or eleven.

The Maalikites are of the opinion that custody continues to the age of puberty even if the child is insane or ill if he is a male. For the female child, custody continues to the age of marriage and consummation of marriage even if the mother is a non-Muslim.

The Shaafi'ites are of the opinion that if the coupe part with each other and the child is distinguishing at the age of seven or eight years and the couple are eligible for custody but they dispute over the custody of the child, the child is given the option either to stay with his mother or father.

The Hanbalites are of the opinion that the male child of legal gage other than the weak-minded child should be given the option to stay with his mother or father if they dispute it. For the female child, the father has the right to have custody over her and she is not given the right of choice.

Rules of Authorities for the Ruler's Action to Render Permissible Things Mandatory

Dr. Hassan I. Al-Hindaawee

Abstract

The author discusses the following points:

Definition of permissibility: Permission to act in the manner chosen by the doer.

Mandatory: The ruler imposing something as mandatory on his subjects.

The majority of jurists opine that things are originally permissible with some exceptions like honour which is originally forbidden.

Permissibility is meant to alleviate hardships for the accountable person by expanding the circle of permissibility. The author gives some examples.

There is no express text by which the Legislator permits the ruler to act on permissibility by changing it from choice to obligation by doing or not doing. However, some acts by the Prophet (peace and blessings be upon him) on permissible things, which are not objected to in the Holy Qur'an, implicitly indicate that the ruler may sometimes act this way.

Jurists differ as to the acts of the ruler on permissibility; some of them prohibit them and some others permit them.

Scholars implicitly unanimously agree that the ruler may limit permissibility if binding solidarity is meant from the economic, social or political perspective under certain conditions including the following:

The act relates to a public rather than private interest,

The act should be temporary,

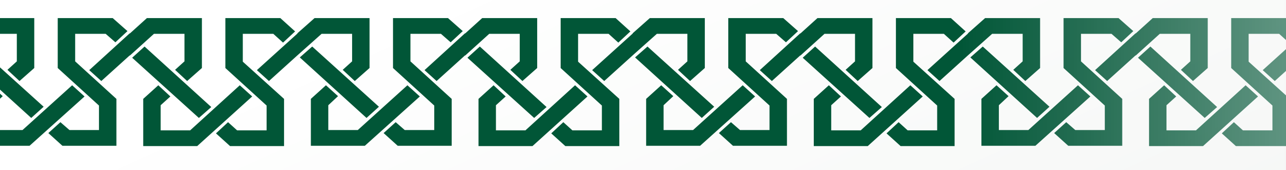
The act should not abrogate the ruling of permissibility, and

The act on limiting permissibility should be part of the government policy which is meant to manage the affairs of nation or take care of their interests.

The author gives some modern applications of acting on permissibility including the following:

Preventing storage of food items if the nation is hit with a widespread hunger, Pricing, and Marrying women from the People of the Book.





Rules of Custody in Islamic Jurisprudence

Dr. Ahmad S. Al-Barraak

Abstract

The author discusses the following topics:

Definition of custody (hadhaanah) as "keeping, taking care and management of a child and looking after his interests."

Difference between the term "custody" and other similar terms like guardianship and administration.

The ruling on the custody of a child is originally a specific duty.

Scholars unanimously agree that the mother should be given preference with regard to custody and that females should be given preference to males. However, they differ with regard to the mother as follows:

Jurists from the Hanafites, the Maalikites and the Hanbalites give the maternal grandmother preference while the shaafi'ites give preference to the sister of the child to be placed under custody.

The Hanafites give the paternal grandmother the right of custody after the maternal grandmother while the Maalikites, the Shaafi'ites give the maternal grandmother preference to others and the Hanbalites give the father preference to others if maternal grandmothers lose the legal capacity to it.

The Hanafites and the Maalikites give the maternal aunt preference to the father, the Shaafi'ites give the sister preference over the maternal grandmother while the Maalikites give the maternal grandmother preference over the sister.

Conditions of Custodian include three parts:

Conditions that apply to females and males: These are:

Islam, puberty, sanity, apparent legal capacity, legal age and ability to manage the affairs of the child under custody, security of the place of custody and the custodian should be medically free.

Conditions that apply to female custodians:

She should not be married to a man not related to the child, that she should be a non-marriageable relative to the child and that she should not refuse to nurse the child if he/she needs milk.

Conditions that apply to male custodians:

The custodian should be a non-marriageable relative if the child is a female in the age of marriage and he should have females who care for the child.

The place of custody is the house where the father of the child lives if the custodian is the mother whether she is a wife or spending her waiting period after she is divorced. After the completion of the waiting period, the place of custody becomes the town of the father or guardian of the child.

Jurists differ as to forfeiting the right of custody by the custodian and the guardian when travelling for a distance equal to that required for shortening prayers in two opinions:

The custodian forfeits the right of custody according to the majority of jurists from the Maalikites, the Shaafi'ites and the Hanbalites. The author considers this opinion to be the preponderant one.

The custodian does not forfeit the right of custody according to the Hanafites.

The custodian forfeits the right of custody if the conditions of custody are not fulfilled like if the female custodian marries a man not related to the child.

Jurists differ as to maintaining custody after reaching the age of distinction in four opinions as follows:

The Hanafites give the mother or others the right to maintain custody of the child until





Nature of Employment Contract and Distinguishing it from Other Contracts in the Saudi Law

Dr. Muhammad A. Suwailim

Abstract

The author discusses the following topics:

Definition of employment contract as “a contract concluded between an employer and an employee under which the latter undertakes to work under the management or supervision of the former for a wage.”

Definition of employment contract in Islamic jurisprudence as “a contract for an intended, specified, permissible and deliverable for a known compensation.”

Some points of difference and agreement between employment contract in the Saudi law and Islamic jurisprudence. Points of agreement include specificity of compensation and points of difference include hiring in the law involves persons while in Islamic jurisprudence involves persons and objects.

Islamic jurisprudence divides the employee into two types: a private employee and a shared one while the Saudi law divides them into subordinate employee and an independent employee.

Characteristics of employment contract include:

It is binding to both parties,

It is a compensation based contract,

It is a term based contract, and

It is based on personal considerations.

The author distinguishes between employment contract and other types of contracts in terms of definition and points of agreement and difference and other points:

Construction contract,

Sale contract,

Partnership contract,

Power of attorney contract, and

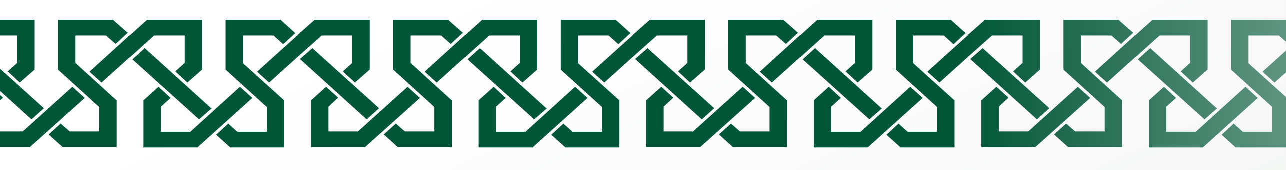
Lease contract.

The Saudi law allocates a special judicial regulation represented by labour disputes settlement committees for the sake of making it easy for employees and quick settlement of disputes.

moned to attend fails to do so or if it is not possible to inform or the summon paper is not returned unless the other party requests another appointment provided that the appointment is not repeated more than three times or if the claimant does not know the address of the person summoned to appear.

- Mediation may not be involved in endowments, minor’s property or matters giving consideration to interest or favour.
- Effects of mediation on the subject and parties of the dispute.
- The legal nature of mediation.





Mediation Ending with Reconciliation and its Role in the Settlement of Disputes in Saudi Arabia

Dr. Musfir H. Al-Qahtaanee

Abstract

The author discusses the following topics:

Definition of mediation ending with reconciliation as "a set of procedures taken by the mediator culminating with the settlement of the dispute between two parties through reconciliation and agreement." If no settlement is reached, it is called "mediation" only.

Mediation for the settlement of disputes is legitimate. The author gives examples of the mediation undertaken by the Prophet (peace and blessings be upon him).

The conditions of reconciliation include legal capacity of the parties to reconciliation, avoiding rendering something permissible impermissible or the other way round and avoiding lying by either party in his claim against the other disputant.

Regulation of mediation in Saudi Arabia by ratifying the law of the mediation centre and the most important articles of the law and related implementing rules of mediation offices.

Mediation ending with reconciliation realizes the principle of shortening procedures and quick agreement justice at a lower cost with the ultimate goal of alleviating burdens from the judiciary and establishing the means of mutual understanding between disputants in a confidential manner.

Differentiation between mediation and terms like reconciliation, arbitration, agreement, expertise and justice.

Mediation is a stage that precedes reconciliation and the elements of reconciliation in an existing or potential dispute, intent to settle the dispute and mutual concessions by disputants.

The recommendation of the mediator is not binding unless accepted by all parties contrary to the arbitration award over the dispute which is binding and have force and effect.

The difference between the mediator and reconciler is that the latter endeavours to bring the views of disputants closer to each other while the work of the mediator extends to proposing solutions.

The differences between the mediator and the expert is that the latter may not tackle legal matters and that his duties are limited to actual or technical and practical matters only while the mediator can tackle both matters.

One of the most important differences between mediation and justice is that the latter handles public sessions while the former handles secret ones.

The main elements of mediation ending with reconciliation is the mediation agreement, the mediator and the stages of mediation.

The concept of mediation agreement is that it is a contract between the parties to the dispute under which they resort to mediation on all or some disputes that arise or may arise between them concerning a specific legal relationship.

The subject of mediation is referred to the competent court in the following cases

If reconciliation fails or if the person sum-



the revoking witness.

Revocation after the issue of the judgment:

If the minimum number of witnesses is not met in case of revocation, the author is of the opinion that the revoking persons should pay the amount from their money according to the number of witnesses and the number of revoking persons.

If the minimum amount does not decrease, the author is of the opinion that the revoking witness is not liable for anything.

However, if the witness revokes his testimony after judgment and execution, the judgment may not be revoked and the person in whose favour the testimony is provided must not repay what he has taken.

Revocation of Testimony by Some Witnesses in Hudood and Qisaas:

Revocation before Judgment on Adultery. Three opinions are expressed:

1st Opinion: The hadd is to be applied against the four witnesses according to Abu Haneefah and his two disciples, some of the Shaafi'ites and a narration from Ahmad. This is the opinion the author considers as the preponderant one.

2nd Opinion: The hadd is to be applied against the non-revoking witnesses according to the Hanbalites.

3rd Opinion: The hadd is to be applied against the revoking witness only according to Zufar from the Hanafites and some of the Shaafi'ites.

Revocation of testimony by some witnesses which does not affect the minimum number of witnesses after issuing the judgment and before execution in cases of testimony related to hudood and qisaas is a point of difference among scholars. The author is of the opinion that the revoking witness is not to be held liable as long as the remaining number of witnesses is sufficient to substantiate the right.

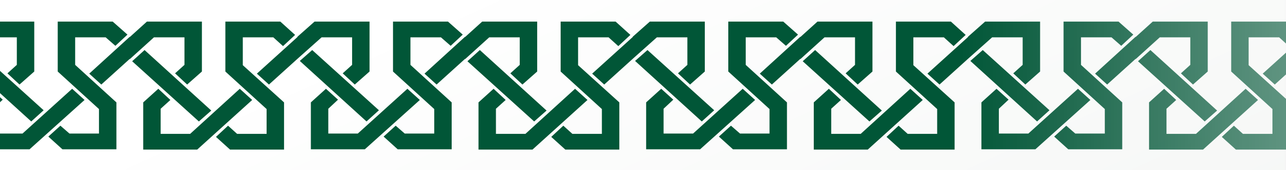
Revocation of testimony by some witnesses which affects the minimum number of witnesses after issuing the judgment and prior to execution in cases of hudood and qisaas is a subject of difference among scholars. The author is of the opinion that the hadd should be applied against the witnesses who did not revoke their testimony.

Revocation of some witnesses after issuing the judgment and execution is a point of difference among jurists. The author is of the opinion that the revoking witness is the one who should be punished with the defamation hadd and penalized with quarter the amount of blood money.

Jurists differ as to revocation by the witness in four opinions. The author is of the opinion that the statement of the witness should be accepted if he revokes his testimony provided that he continues to have legal capacity, no judgment is issued based on the testimony and not leaving the court session.

Jurists differ as to the judge's dictating witnesses to revoke their testimony in two opinions. The author is of the opinion that the judge may dictate him.

Jurists differ as to the revocation of commendations of witnesses and whether they are held liable. The author is of the opinion is that the persons who commend the witnesses should be penalized if they revoke their commendations.



Ruling on Revocation of Testimony

Dr. Aqeel A. Al-Aqeel

Abstract

The author discusses the following topics:

Definition of revocation of testimony is "the witness declining his previous testimony stating 'I revoke my testimony or I have falsely testified and the like.'"

Jurists agree that the testimony has authority as a means of substantiation before the court.

The condition for the revocation of testimony is that it should be pronounced before the court session.

Cases of revocation of testimony:

Prior to Issue of Judgment: The judge may not consider the testimony as evidence of substantiation and may punish or defame witnesses who revoke their testimonies unless it is a revocation of a testimony against someone of adultery in which case jurists differ as to the revocation of testimony in two opinions as follows:

1st Opinion: The revoking witness should be punished with the hadd of defamation according to the majority of jurists.

2nd Opinion: the revoking witness is not punished according to some Hanbalites. This is the opinion held preponderant by the author.

After issue of Judgment and prior to Execution:

Revocation of testimony in hudood or qisaas (equal punishment) is a point of difference between jurists in two opinions as follows:

1st Opinion: The judgment should be revoked and not executed according to the majority of jurists. This opinion is considered the preponderant one by the author.

2nd Opinion: If the testimony relates to a life, compensation should be paid according to Khaleel.

Revocation of testimony in a money-related case: Jurists differ in two opinions as follows:

1st Opinion: The judgment is not revoked but the witness is held liable for the subject of judgment according to the majority of jurists. The author considers this opinion as the preponderant one.

2nd Opinion: The judgment should be revoked according to the Shaafi'ites and the Dhaahirites.

After issue and Execution of Judgment: Jurists differ in two opinions as follows:

1st Opinion: The judgment is not revoked according to Maalik, Ash-Shaafi'ee and Ahmad. This is the opinion considered as the preponderant one by the author.

2nd Opinion: The witnesses are not killed if the testimony relates to a life but they are liable to pay the blood money and the stolen money according to Abu Haneefah and his two disciples.

Cases of Partial Revocation Related to Financial Matters

Revocation before the issue of the judgment: is taken into consideration and the judge may not use the testimony as a proof. The judge may punish or defame



Specific Jurisdiction of Commercial Courts

Dr. Ahmad S. Makhloof

Abstract

The author discusses the following points:

Commercial courts are first instance courts under the general judiciary with authority to settle different commercial cases.

Specific jurisdiction is the allocation of work between degrees of courts within one judicial authority based on the type of the case.

Extent of Relation of this jurisdiction with the public order.

Formation of the commercial court based on the Law of the Judiciary.

The Supreme Judicial Council has not specified the divisions which comprise commercial courts. The author opines that these divisions should be determined quickly until the judicial function of commercial courts becomes clear and that three basic divisions, subject to increase in the future, should be established. These are: commercial papers division, commercial contracts disputes division and commercial companies and bankruptcy division.

The Disputes subject to the jurisdiction of commercial courts pursuant to the provisions of Article 35 of the Law of Procedure before *Sharee'ah* Courts are:

All main and subsidiary commercial disputes that arise between businessmen.

Claims filed against businessmen resulting from his main and subsidiary activities.

Disputes that arise between partners in companies.

All cases and violations related to commercial laws without prejudice to the authorities of the Board of Grievances.

Bankruptcy and placing and removing custody on bankrupts.

Other commercial disputes.

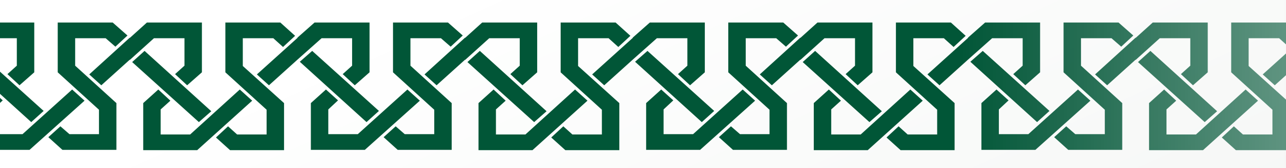
Exceptions to the authorities of the commercial court include subsidiary commercial activities like traffic accidents in which the vehicles of the businessman are involved.

Exceptions provided for in some laws under which the administrative court is given the authority to consider like the Trade Names Law.

Examples of other commercial disputes provided for in Article 35 of the Law of Procedure before Sharee'ah Courts include banking disputes.

Conflict of specific jurisdiction of commercial courts and how to solve it. Types of conflict of jurisdiction are three: positive conflict, negative conflict and the issue of two contradictory judgments on the same case.

Procedures for the settlement of disputes begin with the submission of a statement to the secretary general of the Supreme Judicial Council stating the authority having the power to consider the case of positive conflict or negative conflict or to determine the judgment that should be executed in case two final contradicting judgments are issued.



Juristic Maxim “If the Specific Reason Becomes Invalid, Does the General Remain Valid”?

Dr. Abdul Salaam I. M. Al-Hussain

Abstract

The author discusses the following topics:

The meaning of the maxim is whether the established general rule is invalidated by the elimination of the specific reason or remains valid after the elimination of the specific reason. It also means that if the specific act or statement loses any of its pillars or conditions or if anything requires invalidation of it but it involves a general matter that is established based on it, the invalidity of the specific matter does not invalidate the general matter. Rather, the general matter remains valid and rulings can be based on it.

The apparent wording of the rule is not intended because the general matter is not invalidated by the loss of any of its elements according to the unanimous agreement of scholars.

The author is of the opinion the validity or invalidity of the general matter is controlled by the following:

The remaining elements should remain general so that it can be judged as valid after the elimination of specific matter. If it is specific, it is not judged as valid.

Possible validity of the act or statement without its specific description. As long as the act or statement is valid, it is better than judging it invalid. If it is not possible to do so, the general becomes invalid if its specific description which rendered it valid becomes invalid.

The subject of the rule relates to jurisprudence and fundamentals of jurisprudence from which several juristic topics and fundamental questions can be derived.

The author explains the difference among scholars on the rule, its reality and reason.

The author gives account of some similar rules and the differences among them.

The author gives account of some juristic issues derived from the rule including the following:

Is it likeable to combine the characteristics of expiation?

If one starts an obligatory worship but it becomes invalid or leaves it, does it turn to an optional worship?

